كتاب السير الكبير

LE GRAND LIVRE DE LA CONDUITE DE L'ÉTAT



ÉDITIONS TÜRKİYE DİYANET VAKFI



LE GRAND LIVRE DE LA CONDUITE DE L'ETAT

TOME III

Pour

Commémorer le 900e anniversaire de la mort d'as-Sarakhsî en 483 H



ÉDITIONS TÜRKİYE DİYANET VAKFI

Muhammad ibn al-Hasan ach-Chaibânî
(132-189 H./749-805)

LE GRAND LIVRE DE LA CONDUITE DE L'ETAT

كتاب السير الكبير

(Kitâb as-Siyar al-Kabîr)

Commenté par
Abû Bakr Muhammad ibn Abû Sahl Ahmad
Chams al-A'immah as-Sarakhsî
(400-483 H./1009-1090)

Traduit par
Muhammad HAMIDULLAH

d'après les éditions de Hyderabad-Deccan et du Caire,
ainsi que de nombreux MSS.de Paris, de Beyrouth et d'Istanbul

ANKARA - 1990

* Chapitre (136)
DE L'ACHAT D'UN ESCLAVE ET DE LA REPRISE DE CET ESCLAVE CONTRE PAIEMENT DE LA VALEUR

• 2621. Si un esclave, prisonnier de guerre, a été racheté par un Musulman chez les ennemis pour mille dirhams et mille litres (ritl) de vin, et si son propriétaire d'origine veut le reprendre, il faut voir combien vaut cet esclave. S'il vaut mille (dirhams) ou moins, on dira au propriétaire d'origine: "Reprends-le pour mille dirhams, sinon laisse-le".

comm. Car il peut le reprendre contre la seule charge que cet acheteur a eu à supporter en fait de biens possédant une valeur appréciable, et ce sont les mille dirhams; quant au vin, il n'a pas de valeur appréciable pour un Musulman.

• 2622. Mais si sa valeur est de plus de mille dirhams, le (propriétaire d'origine) doit le reprendre contre paiement de la totalité de la valeur (et non contre le prix payé).

comm. Car ce contrat-là n'était pas correct, pour un Musulman, et l'(acheteur chez les ennemis) sera censé avoir obtenu l'(esclave pour rien) de leur bon gré, comme s'ils lui en avaient fait don. En outre s'il ne l'avait acheté que pour (une certaine quantité) de vin, il ne serait pas loisible au (propriétaire d'origine) de le lui reprendre pour moins que la valeur de l'(esclave). Donc s'il l'a acheté pour des dirhams et du vin, c'est à plus forte raison qu'il ne pourra le lui reprendre que contre paiement de la valeur de l'(esclave). Ce cas ressemble à celui où un Musulman émancipe un de ses esclaves à la condition que l'esclave lui paie mille dirhams et un litre de vin; si l'esclave l'accepte, celui-ci deviendra émancipé, (mais pour le paiement il faut distinguer:

• 2623. Si la valeur est de mille dirhams ou moins, l'esclave devra toujours payer mille dirhams, car il a accepté de bon gré de les payer comme contrepartie de ce qu'il reçoit, à savoir: l'émancipation.

• 2624. Mais si sa valeur dépasse mille dirhams, il devra payer l'entière valeur (qu'elle qu'elle soit). Car l'émancipateur n'a pas consenti à l'émancipation pour les seuls mille dirhams. Si ce (maître) ne l'avait émancipé que contre du vin, l'(esclave) ne devrait payer que la valeur de sa propre personne. Si la stipulation porte sur du vin et mille (dirhams), il en sera ainsi à plus forte raison.

• 2625. Si cet homme l'a acheté (auprès des ennemis) contre mille (dirhams) et 20 cadavres de moutons ou 20 outres de sang, le propriétaire d'origine ne le reprendra que pour les mille (dirhams), et ce sera égal que la valeur de l'(esclave) soit moindre ou supérieure.

comm. Car l'adjonction de cadavres ou de sang aux mille pièces est chose vaine. Ce serait le cas contraire si le vin était ajouté aux mille pièces. Car le vin est un bien qui possède une valeur appréciable et même si sa valeur est chose vicieuse pour des Musulmans, il possède, pour les autres, une valeur appréciable, au point que si on détruit le vin d'un Dhimmî, il faudra l'en dédommager. C'est le contraire dans le cas du cadavre et du sang, car ces deux choses ne possèdent de valeur chez personne. Ne vois-tu pas ceci? Si un Musulman achète une chose contre du vin, il en devient propriétaire dès qu'il en a obtenu possession - au point que si la marchandise est un esclave et s'il l'émancipe l'émancipation sera exécutoire - au contraire de ce qu'il achète contre un cadavre ou du sang.

• 2626. * Si un Musulman émancipe son esclave contre seulement un cadavre
1363 ou du sang, ce sera là une émancipation gratuite, (l'esclave ne devra rien payer).

comm. Au contraire du cas où l'émancipation se ferait contre du vin seulement.

• 2627. Si un esclave se trouve en la main possédante d'un Musulman, puis qu'un autre Musulman établisse la preuve qu'il s'agit là de son esclave et que cet esclave est né en son titre de propriété, si l'autre qui a la main possédante établit (à son tour) la preuve qu'il l'a acheté à la vente des butins-ou qu'il l'a reçu comme sa quote-part dans le partage des butins-alors le juge décidera que le demandeur a droit à cet (esclave) sans rien payer.

comm. Car le (demandeur) a établi sur preuve son titre de propriété sur l'esclave, tandis que celui qui n'a que la main possédante n'a pas établi sur preuve le titre de sa propriété, puisqu'il ne fait que prouver qu'il a acheté l'(esclave) aux butins-ou au soldat qui l'avait obtenu dans sa quote-part du butin-ce qui n'impose (=n'implique) pas son titre de propriété tant qu'on ne sait que les ennemis avaient fait prisonnier cet esclave et l'avaient mis en sécurité. En effet il se peut que les (ennemis) l'avaient capturé mais ne l'avaient pas mis en sécurité quand les Musulmans l'ont récupéré. Ou que cet esclave se soit enfui pour tomber ensuite dans le butin (capturé par les Musulmans).

• 2628. Mais si la preuve produite par celui qui a sur l'(esclave) la main possédante attestait son titre de propriété, elle ne contrarirait pas la preuve venant de l'extérieur. A plus forte raison elle ne la contrarie pas quand elle ne prouve pas le titre de propriété.

Si la personne à la main possédante etablit la preuve que les ennemis avaient
1364 capturé * cet esclave et l'avaient mis en sécurité, puis que cet (esclave) est tombé dans le butin et qu'elle l'a acheté à celui qui l'avait reçu dans sa quote-part du butin, alors le juge décrétera de l'attribuer à celui qui l'a en sa main possédante.

comm. Car par cette preuve produite par la personne à la main possédante, il

est établi que le titre du demandeur (= du propriétaire d'origine) s'est évanoui. (En principe c'est le demandeur qui produit le preuve, et non le défendeur), mais ici ce dernier a basoin d'(établir que le titre du propriétaire d'origine s'est en effet évanoui), et on acceptera sa (preuve) à cause de ce besoin. En outre, il n'y a pas incompatibilité entre les deux choses, puisque les deux preuves sont des attestations; donc quand il est possible de pratiquer les deux preuves, il est obligatioire de le faire.

• 2629. Puis, ce qui est établi par les deux (preuves) est comme ce qui "est établi par l'accord des deux adversaires. Donc on dira au demandeur: "Si tu le veux, prends-le contre paiement de la valeur, et si tu veux, abandonne-(le)".

comm. Car les ennemis en sont devenus propriétaires, au point que s'ils embrassent l'Islam ou deviennent Dhimmîs, ou si l'un d'eux se rend chez nous sous sauf-conduit accompagné de cet (esclave), le (propriétaire d'origine) ne pourra rien faire contre lui. Ce serait le cas contraire si cela arrivait avant que les mécréants (ennemis) l'aient mis en sécurité.

• 2630. Il en sera de même si celui qui vient chez nous sous sauf-conduit le vend à un autre Musulman: Le propriétaire d'origine ne pourra rien faire contre ce dernier.

comm. Car ici l'acheteur tient la place du vendeur, et quand ce dernier entre sur notre territoire de telle sorte que le propriétaire d'origine n'a pas la faculté de (lui) reprendre son (esclave), le droit à la reprise ne s'établit pas non plus pour le (propriétaire d'origine) même quand le titre de proprieté sur l'(esclave) est transféré à un autre que ce (vendeur-ennemi).

• 2631. Si le (propriétaire d'origine) le reprend à cet acheteur, contre paiement du prix, puis l'émancipe-le rend **mukâtab** ou **mudabbar** ou même s'il le revend-et si par la suite on apprend que les témoins qui ont attesté son titre de propriété d'origine n'avaient pas la capacité de porter témoignage, alors tout ce qu'a fait celui qui a repris (l'esclave) sera vaine (**bâtil**), et l'esclave redeviendra ce qu'il était auparavant en la main possédante de celui (qui l'a acheté à l'ennemi).

comm. Car il devient manifeste que la décision du juge lui reconnaiasant le titre de propriété d'origine est vaine du moment qu'il a décidé sans preuve (valable). Donc la disposition prise par le (soidisant propriétaire d'origine, pour émanciper etc.) concerne une chose qui n'était pas sa propriété.

Si l'on disait: "C'est le juge qui l'a contraint de donner à l'autre l'(esclave) en toute propriété contre paiement du prix. L'(adversaire) dit que cette décision est nulle. Mais ce cas n'est pas pire que celui où le chef de l'Etat (le **sultân**) contraindrait quelqu'un de vendre son esclave à un tel et de le lui remettre, et qu'il y eût un acheteur qui en obtienne propriété au moyen de la possession. Dans ce cas-là les dispositions prises par l'(acheteur), comme l'émancipation ou l'octroi de la qualité de **mudabbar**, seraient exécutoires. Il faut qu'il en soit de même dans le cas présent". Nous dirions: Dans ce cas-là on contraint la personne d'effectuer une vente **ab initio**; or une telle vente est une cause qui donne obligatoirement titre de

propriété; mais elle est conclue avec un vice, car il y manque la condition de la vente valide, à savoir le consentement. Voilà pourquoi l'acheteur y devient propriétaire en obtenant la possession. Au contraire ici, on ne l'a pas contraint d'entreprendre **ab initio** la cause donnant titre de propriété, mais on fait revenir la (marchandise) à celui qui avait sur elle la propriété d'origine. Ensuite il devient manifeste que cet homme n'avait pas sur elle auparavant le titre de propriété. *
1365 Puisque le titre de propriété ne s'établit pas **ab initio** sans la cause (qui donne droit de propriété), l'émancipation de ce (faux propriétaire) ne s'exécute pas.

Ne vois-tu pas ceci? Si cet homme se présente avant le partage du butin (ici, de l'esclave) et établit la preuve que cet esclave est le sien, puis qu'il le reprenne gratuitement et l'émancipe, si par la suite on sait que les témoins produits par lui étaient des esclaves (qui n'ont pas la faculté de porter témoignage), on remettra l'esclave dans le butin et l'émancipation deviendra nulle pour cette même raison que nous avons évoquée. Donc il en sera de même s'il le reprend, après le partage, contre paiement de la valeur-ou contre paiement du prix, si l'esclave est en la main d'un acheteur- car ce qu'il verse comme la rançon de sa propriété n'est pas la contrevaleur d'une propriété qui serait établie en sa faveur. C'est le contraire dans le cas où on achète à quelqu'un (qui vend) sous contrainte.

• 2632. A supposer que, dans ce cas, au lieu d'un esclave, ce soit une jeune esclave, si l'homme en faveur de qui le tribunal a décidé la rend **umm-walad** (et lui fait un enfant), on remettra dans les butins cette esclave, avec les dommages dus à la cohabitation par erreur (**'uqr**), et l'enfant aussi quand il est né.

comm. Car il devient manifeste que cet homme a cohabité avec une esclave qui n'était pas sa propriété. Toutefois la peine due à la fornication tombera à cause des apparences d'un jugement judiciaire. Mais les dommages dus pour le viol s'imposeront. Quant à l'enfant, il est la propriété de celui qui a le titre de propriété sur le principal (ici, la mère).

• 2633. En outre, selon la déduction analogique, la parenté (du père) ne devrait pas s'établir dans ce cas.

comm. Car l'établissement de la généalogie exige qu'il y ait une vraisemblance judiciaire (**Chubha hukmiya**), chose qui fait défaut ici.

comm: Mais selon l'équité, la généalogie de l'enfant par le père sera établie. Car cet homme a cohabité avec cette esclave alors que le jugement du tribunal la lui avait donnée en propriété. Cette quantité (de droit) suffit pour établir la généalogie de l'enfant par le demandeur, étant donné que la généalogie paternelle s'établit sur la moindre vraisemblance.

Si l'on disait: "Alors pourquoi ne faut-il pas considérer l'enfant comme un individu libre, moyennant paiement de la valeur, comme c'est le cas de l'enfant né d'une cohabitation erronée?" Nous dirions: L'erreur a lieu quand on fait enfant en se fiant au titre de propriété qu'on a établi sur l'objet (ici, l'épouse), soit virtuellement soit réellement. Ce (titre) manque dans le cas en discussion, car le juge ne lui a pas donné **ab initio** cette esclave en toute propriété, il a seulement voulu la rendre en la

propriété d'origine de cet homme, et par la suite il est devenu manifeste que cet homme n'avait pas de titre de propriété sur elle. Si l'on établit la génélaogie paternelle, il n'est pas nécessaire que l'enfant devienne libre, pas plus que quand on fait un enfant à l'esclave d'autrui par suite de quelque erreur. C'est le contraire dans le cas où l'on établit sur preuve une créance contre quelqu'un, et que le juge contraigne le débiteur de vendre une esclave à lui (en paiement de la dette), et que celui-ci le fasse: si par la suite l'acheteur l'émancipe, ou la rend **mudabbara** ou **umm-walad**, ou la vend, et qu'après cela il devienne manifeste que les témoins de la dette étaient des esclaves (qui n'ont pas la capacité de porter témoignage), alors dans un tel cas le juge annulera celles des dispositions de l'acheteur qui sont susceptibles d'annulation et n'annulera pas celles qui ne le sont pas. Car dans ce cas-là, le (juge) l'a contraint à donner **ab initio** en propriété. Donc ce sera comme une contrainte invalide de vente. Au contraire ici (dans le cas en discussion) le (juge) n'a pas contraint celui qui a la main possédante à donner **ab initio** en propriété * à celui qui 1366
reprend (sa propriété).

Cela s'explique par le fait que, dans ce cas-là, si le juge contraint à vendre et si par la suite l'acheteur dispose de l'objet vendu, c'est comme si le propriétaire était contraint de prendre cette même disposition. Quant à celui qui est sous contrainte, toute chose qu'il fait, parmi celles qui ne sont pas susceptibles d'être annulées, reste exécutoire, pourvu qu'il l'ait fait de façon irrévocable. C'est le contraire dans le cas des chosses susceptibles d'annulation. Si c'est le juge ou son secrétaire (ou: son homme de confiance, **amîn**) qui s'est chargé de la vente cependant que le reste des circonstances est le même, alors toutes les dispositions prises par l'acheteur seront annulées, dans ce cas, car il devient manifeste que la vente était en suspens (**mauqûf**). Puisque la vente en suspens n'entraîne point le titre de propriété, les dispositions prises par l'acheteur ne sont pas exécutoires avant que le propriétaire ne les confirme. Au contraire dans le cas précédent, la vente était vicieuse, car c'est le propriétaire lui-même qui l'avait effectuée, bien qu'il y manquât son consentement. Or le consentement est la condition **sine qua non** de la validité de la vente. Donc lorsqu'il fait défaut, la vente est vicieuse (**fâsid**; nulle et non avenue, **bâtıl**?)

Si l'acheteur rend **umm-walad** cette esclave (pour lui faire un enfant) dans le cas présent, il devra payer les dommages dus à la cohabitation par erreur ('**uqr**) et aussi la valeur de son enfant. mais l'enfant sera homme libre. Car c'est le Juge du tribunal qui a vendu cette esclave, et la vente est bonne formellement tant que le nullité du témoignage porté par les témoins (qui est la base de ce jugement) n'apparaît pas. Donc l'acheteur est dans ce cas comme quelqu'un qui est victime d'une erreur. Or l'enfant de la victime d'une erreur est homme libre, pourvu qu'on en verse la valeur. C'est le contraire du cas précédent où l'homme qui reprend (la jeune esclave) la reprend en prétendant que c'est de sa main que l'ennemi l'a faite prisonnière. Celui à qui l'ennemi arrache une esclave ressemble en effet à un homme qui prétend que telle jeune esclave en la main de quelqu'un d'autre est la sienne et qu'il lui en avait fait don mais qu'il le reprend: s'il établit la preuve de cela et que le juge décide en sa faveur, et que cet homme émancipe cette esclave-ou la rende son

umm-walad -puis qu'il apparaisse que les témoins (produits par lui) étaient des esclaves (sans capacitié de porter témoignage), alors on la rendra à celui à qui la décision du tribunal l'avait enlevée, elle ainsi que son enfant et les dommages dus à la cohabitation par erreur; la généalogie paternelle de l'enfant sera toutefois établie en faveur yu demandeur, et cela à titre d'équité.

comm. Car lorsque le juge décide que le (donateur) peut reprendre son don, c'est pour faire revenir le don (ici, l'esclave) en la propriété d'origine, et non qu'on le lui donne **ab initio** en propriété. Donc ce cas et celui où quelqu'un prétendrait que l'ennemi lui eût arraché (l'esclave se trouvant en postliminium dans les butins) sont au fond pareils.

• 2635. Si celui qui a la main possédante sur l'esclave l'a acheté aux butins ou à celui qui l'avait obtenu dans sa quote-part du butin, puis que quelqu'un se présente pour établir la preuve que cet (esclave) était le sien à l'origine, et si, avant le jugement du tribunal, celui qui a la main possédante remet l'esclave (à l'autre), à titre de compromis, pour le prix que lui-même l'avait payé,sans pour autant reconnaître (**litt.** avouer) que l'esclave était à l'origine la propriété de l'autre, si cet autre émancipe cet esclave-ou dans le cas d'une esclave, s'il la rend **umm-walad** -et si par la suite un autre homme établit la preuve qu'il s'agit là de son esclave, et que ce témoignage validé (**litt.** épuré, c. -à-d. que l'enquête judiciaire ait établi que ces témoins sont gens honnêtes) tandis que le témoignage du procès précédent n'avait pas été épuré, alors le juge annulera tout ce que le (premier) demandeur a fait et rendra la jeune esclave d'abord à celui dans la main de qui elle se trouvait, puis il décrétera que celui qui a établi un témoignage épuré a le droit de la reprendre,
1367 accompagnée de son enfant, contre paiement du prix payé * par le preimer possesseur.

comm. Car le transaction intervenue entre l'homme à la main possédante et le premier demandeur n'avait pas à donner **ab initio,** mais à faire payer (par l'autre) la rançon de sa propriété d'origine.

• 2636. Or quand le titre de propriété d'origine n'est pas établi, tout le reste devient par conséquent nul. Puisque le titre de propriété ne s'établit pas sans une cause (qui donne le titre), aucune des dispositions prises par ce (faux demandeur) ne sera exécutoire, puisqu'il n'a pas le titre de propriété sur l'objet de (ses dispositions); toutefois il lui faudra verser les dommages dus à la cohabitation par erreur, qui seront remis à l'homme à la main possédante.

comm. Car les dommages dus à la cohabitation par erreur comportent des dirhams et on ne peut pas les acquitter (? **tufakk**) au moyen de la rançon.

• 2637. Si le (bénéficiaire du compromis) a (accidentellement) tué l'enfant avant que le témoignage produit par le (deuxième) demandeur soit épuré, et si le reste des circonstances est le même, alors la valeur de l'enfant et les dommages dus à la cohabitation par erreur seront épargnés à celui qui avait (cette esclave) en sa main possédante.

comm. Car la valeur comportera des dirhams ou des dinars, comme dans le cas des dommages dus à la cohabitation par erreur. Et aucun de ces deux (dommages de l'enfant tué) ne diminue en rien le prix (de l'esclave) que doit payer celui qui affirme avoir la propriété d'origine. Car ce qui s'imposait au (propriétaire d'origine, dans le cas d'un postliminium déjà partagé en butin) c'était la rançon. Or la rançon vise l'objet de la propriété d'origine, et on le lui a remis quand il a repris cette jeune esclave .

• 2638. Ce sera le contraire dans le cas où quelqu'un demande une maison, sur la base du jus retractum (**chuf'a**), si l'homme à la main possédante la remet au (demandeur) selon sa demande et qu'il apparaisse par la suite que ce demandeur n'avait pas sur elle la **jus retractum.**

comm. Car reprendre à titre de **jus retractum** est comme d'acheter **ab initio.** Donc il s'agissait de donner **ab initio** le titre de propriété, et cela par consentement mutuel. Voilà pourquoi cette disposition sera exécutoire. Au contraire la reprise du prisonnier de guerre contre paiement du prix (à celui qui l'a acheté chez les ennemis) ne consiste pas à donner **ab initio** en propriété mais à faire revenir en la propriété d'origine au moyen de la rançon que l'autre paie.

• 2639. Si l'homme à la main possédante confirme que la jeune esclave est bien celle de l'autre, et que le reste des circonstances soit le même, alors le juge ne décidera rien en faveur du deuxième demandeur, même, si le témoignage produit par lui est épuré (et validé); et tout ce qu'a fait d'elle celui qui l'avait reprise (la première fois) restera exécutoire.

comm. Car lorsque celui qui a la main possédante avoue le titre de propriété du (premier demandeur), il avoue que les dispositions prises par celui-ci sont exécutoires, qu'il ait émancipé la jeune esclave ou qu'il l'ait rendue **umm-walad.**

• 2640. Si celui (qui a la main possédante) avait pris ces mêmes dispositions, celui qui, par la suite, établit la preuve contre lui au sujet de cette (esclave) n'y pourrait rien. Il en sera donc de même si l'homme à la main possédante ne fait qu'avouer que les agissements du (demandeur) vis-à-vis d'elle sont exécutoires. Ce qui explique cela c'est que, par son aveu, il lui donne la capacité de prendre ces dispositions. Or l'agissement de celui qui reçoit capacité pour prendre une disposition est comme l'agissement de celui qui donne cette capacité.

comm. Au contraire du cas précédent. Car là, il ne lui avait point conféré la capacité; il avait seulement renoncé au litige et remis cette (esclave) à l'autre, en prenant en considération la prétention de ce dernier qui affirmait qu'elle était sa propriété avant d'avoir été faite prisonnière; et par la suite cela avait apparu comme nul.

• 2641. Dans ce cas-ci, si le bénéficiaire de l'aveu vend l'(esclave) ou la met en gage, cela n'annulera pas le droit de celui qui établira la preuve qu'elle était sa propriété avant d'avoir été faite prisonnière. 1368

comm. Car même si celui qui a la main possédante prenait cette disposition, elle n'annulerait pas le droit de celui dont l'esclave a été fait prissonnière. *De même

donc s'il avoue que cette disposition (du bénéficiaire de l'aveu) est exécutoire.

• 2642. Ce sera le contraire s'il s'agit d'émanciper l'esclave ou de la rendre **umm-walad** (en lui faisant un enfant). Toutefois, dans le cas présent (de la vente etc. Par le bénéficiaire de l'aveu), le juge annulera sa vente et rendra la (jeune esclave) [1] à l'homme à la main possédante, afin que le demandeur (sur preuve) reprenne l'(esclave) [2] contre paiement du prix de la première vente. Ce sera le contraire dans le cas où la vente a été effectuée par l'homme à la main possédante lui-même.

comm. Car ici la vente provient de celui qui a le titre de propriété sur l'esclave

• 2643. Et nous avons déjà mentionné que celui dont l'esclave a été fait prissonnier a le droit de le reprendre (une fois ramené en territoire islamique) contre paiement du prix ou de la valeur, sans pour autant casser la disposition (dejà prise par l'acheteur chez les ennemis). Ici au contraire la vente provient de quelqu'un qui n'est pas en vérité le propriétaire de l'esclave.

comm. Car l'aveu du possesseur devant le premier demandeur, pour affirmer que ce dernier avait le titre de propriété sur l'esclave, ne lui en donne pas **ab initio** la propriété; -certes quand une (nouvelle) disposition s'y ajoute, on ne peut plus casser celle-ci (?) Cela à l'instar de la libèration d'un esclave, qui annule (dans un cas pareil) le droit de l'ancien propriétaire de reprendre cet (esclave); - voilà pourquoi la disposition est cassée, et il faut rendre l'esclave au premier (acheteur), afin que le propriétaire originel le lui reprenne contre paiement du prix, étant donné que le droit de celui qui a repris l'esclave concerne la rançon que doit payer le propriétaire originel et nul autre.

• 2644. Si celui qui a pris (cette esclave), l'émancipe ou lui fait un enfant en tant que son **umm-walad,** et qu'ensuite toutes les parties confirment l'une l'autre et s'accordent à dire que cette esclave n'était pas la propriété de cet homme et qu'il a réclamé quelque chose de faux, alors il faut distinguer: Si le possesseur la lui a donné, en confirmant (qu'elle était son esclave), le juge annulera les dispositions prises par celui qui a pris (cette esclave), aussi bien celles qui sont susceptibles de cassation que celles qui ne le sont pas:

comm. Car le droit appartient à ces parties, et elles confirment l'une l'autre pour dire que cet homme n'était pas le vrai propriétaire. Donc leur confirmation mutuelle annule les dispositions prises par lui. Sauf, toutefois, que l'on confirmera pour l'enfant la généalogie par l'homme qui a couché avec cette esclave, et cela à titre d'équité, comme nous l'avons mentionné. étant donné que la généalogie, une fois établie, ne supporte pas la cassation. En effet, la généalogie (ici, la parenté) est le droit de l'enfant, et on ne peut pas, à son propos, prendre en considération la confirmation mutuelle des parties.

• 2645. Mais s'il l'a vendue à quelqu'un d'autre, et que ce fait soit confirmé par

---

(1) Selon le contexte, nous lisons يردها au lieu de يرده de l'éd.

(2) De même, nous lisons يأخذها au lieu de يأخذه de l'éd.

le premier et le dernier acheteur, mais infirmé par acheteur, (c. -à-d. l'acheteur intermédiaire), ou par l'esclave elle-même si celui-ci l'a émancipée ou s'il lui a fait un enfant, alors dans un tel cas on ne cassera aucune des dispositions prises par celui qui a pris l'esclave.

comm. Car la confirmation mutuelle de ces deux (= du premier et du dernier acheteurs) n'est preuve suffisante pour annuler le droit du deuxième acheteur (ici, acheteur intermédiaire), ni pour annuler le droit de cette esclave à l'émancipation ou à la qualité d'**umm-walad.** En effet celui qui l'a prise avoue contre lui-même qu'il l'a prise sans avoir de droit sur elle. Comme il la "détruit" en prenant à son égard des dispositions (telles que de l'émanciper ou de lui faire un enfant), il doit donc verser sa valeur à titre de dommages. * Son aveu n'est preuve que contre lui-même. On 1369
aura recours à une compensation au moyen du prix qu'il a payé, et les deux (autres acheteurs) rendront tout surcroît qui puisse y exister.

• 2646. Et cet homme n'aura pas à payer les dommages dus à la cohabitation par erreur ('**uqr**); et l'enfant de cette esclave sera homme libre sans qu'on ait à payer sa valeur (au vrai propriétaire).

comm. Car on ne peut imposer à cet homme les dommages concernant son butin qu'à partir du moment où il a obtenu possession de cette (esclave). Et ce sera la cause qui établira son titre de propriété en elle. Il se démontre ainsi qu'il a fait un enfant à cette esclave en se fondant sur le titre de propriété qu'il avait (pensé avoir) sur elle.

• 2647. Si le possesseur confirme l'autre en ce qu'il a dit au moment où il lui a remis (l'esclave), et qu'ensuite tout le monde s'accorde à dire que cette esclave n'appartenait pas au demandeur, alors l'émancipation de cette esclave, l'enfant qu'il lui a fait, et toute autre disposition qui n'est pas susceptible d'être cassée seront exécutoires en elle, du moment que cette disposition a été prise par l'homme qui a obtenu cette esclave.

comm. Car toutes les parties du litige confirment l'une l'autre qu'une telle disposition prise **ab initio** est exécutoire à ce sujet. Et une fois que cette disposition s'exécute, elle n'est plus susceptible d'être cassée. Elle ne peut pas être cassée non plus par leur confirmation mutuelle. Toutefois le demandeur versera la valeur de l'esclave à titre de dommages, car, comme nous l'avons mentionné, il a avoué qu'il l'avait prise sans avoir de droit sur elle, et qu'elle était restée sous son controle. Donc il versera sa valeur en dommages, comme dans le cas précédent où l'esclave avait infirmé les deux parties.

• 2648. Si celui qui l'obtient l'a vendeu ou a fait d'elle une **mukâtaba** (pour qu'elle paie son émancipation), et que ce soit par la suite que tout le monde confirme le cas, alors toutes les (nouvelles) dispositions seront annulées, et on la rendra à celui qui l'avait en sa main possédante.

comm. Car la disposition en question est susceptible d'être cassée. Or tout le monde confirme, ici, que celui qui a pris cette disposition n'était pas le propriétaire

de cette esclave. Ils sont donc tous d'accord que cette disposition est null. Le droit leur appartenait et ne les dépassait pas (c.-à-d. n'appartenait à personne d'autre).

• 2649. S'il s'agit d'un esclave que cet homme rend **mukātab** (pour lui faire payer son émancipation), et s'il a même touché une partie du prix de ce rachat (par le **mukâtab**), et qu'ensuite tout le monde confirme (les vrais faits), alors celui qui a acheté l'esclave auprès de l'ennemi le reprendra ainsi que la somme que l'autre a touchée de cet esclave - **mukâtab**.

comm. Car il s'agit là des gains de son propre esclave, et puisque tous deux se sont mis d'accord à ce sujet, le (propriétaire) aura plus de droit sur l'(esclave).

• 2650. Mais si cet (esclave) a payé tout le prix de son rachat en tant que **mukâtab** et que par la suite tous confirment le fait, l'émancipation qui s'est exécutée en cet (esclave) ne sera pas cassée (litt. rejetée), car après qu'elle a eu lieu, elle n'est pas susceptible d'être rompue; toutefois le maître (présumé) de ce **mukâtab** dédommagera de la valeur que ce **mukâtab** avait au moment où celui-ci a payé entièrement le prix de son émancipation. La raison en est que le (maître présumé) avoue quelque chose contre lui-même, et cela implique qu'il a détruit (ou: consommé) la propriété de celui qui avait pris (cet esclave au vendeur ennemi). Cette (destruction) s'est faite quand le (maître présumé) a obtenu paiement intégral du prix de rachat (de la part de cet esclave). Donc on ne lui impose que la valeur (qu'avait cet esclave) à ce moment-là, même si la valeur a augmenté par la suite.

Le prix de son émancipation payé par l'esclave appartiendra à celui dont l'esclave a en vérité été fait prissonier (par l'ennemi), et non pas à celui qui a conclu (avec l'esclave) le contrat d'émancipation "sur paiement, car il a avoué que les gains de son esclave datent d'avant que l'esclave soit devenu sa propriété contre paiement des dommages (au vrai propriétaire).

1370 Car * dès qu'il dédommage de la valeur (qu'avait cet esclave) le jour où (maître présumé) a obtenu paiement entier du prix d'émancipation à titre de **mukâtab**, il devient propriétaire de cet (esclave) à partir de ce moment. Puisque les gains de l'esclave datent d'avant ce moment-là, le (maître présumé) doit les rendre à celui dont l'esclave a été capturé (par l'ennemi).

• 2651. Au contraire, si la valeur de l'esclave a diminué avant le paiement du prix d'émancipation et si le (maître présumé) veut dédommager seulement de la valeur qu'avait l'esclave le jour où il en a obtenu possession (c.-à-d. plus que l'esclave ne veut maintenant), cela lui sera loisible.

comm. Car ce (faux maître) qui a conclu le contrat d'émancipation avec l'esclave a avoué qu'il en avait obtenu possession sans avoir de droit sur lui. Donc il sera, par suite de son propre aveu, comme un usurpateur.

• 2652. Et dans ce cas le prix d'émancipation (payé par l'esclave) ira à ce (faux maître) qui a conclu ce contrat d'émancipation.

comm. Car en payant les dommages, il obtient le titre de propriété dès le

moment où il obtient possession (illégale de cet esclave). Les gains de l'esclave ont lieu après ce moment-là; c'est donc à lui qu'ils appartiendront, étant donné que ces gains suivent à titre d'incident le dédommagement du principal (ici, l'esclave).

• 2653. De même si le (faux maître) ne conclut pas le contrat d'émancipation, mais que l'esclave meure après avoir fait quelque gains, si par la suite les deux parties confirment le fait selon ce que nous avons mentionné, alors la personne dont l'esclave avait été capturé a la faculté de demander dédommagement de la valeur qu'avait l'ésclave le jour où le (faux maître) en a obtenu possession et, dans ce cas, les gains (de l'esclave défunt) appartiendront à l'homme en possession de qui il est mort. Si la valeur de cet esclave avait augmenté avant sa mort, et que le (vrai maître) veuille demander des dommages en proportion de cette augmentation, il n'y sera pas autorisé

comm. Car cet (esclave) est comme une chose usurpée en la main de ce (faux maître). On sait qu'on demande à l'usurpateur de dédommager de la valeur de l' (esclave) usurpé-si celui-ci meurt-sur la base de la valeur qu'il avait au moment où le (faux maître) en a obtenu possession, étant donné que celui-ci n'a rien à faire avec sa mort. C'était le contraire dans le cas précédent, car là, dès que le (faux maître) obtenait paiement intégral de la contrevaleur de l'émancipation, il "détruisait" cet (esclave vis-à-vis de son vrai propriétaire). Ce dernier avait donc la faculté de demander dédommagement de sa valeur à l'(usurpateur) puisque c'est lui qui l'avait détruit, la destruction ayant lieu après l'usurpation. En effet chacune des deux choses (usurpation et destruction) est cause qui impose le dédommagement de la valeur. Donc il lui était loisible de demander dédommagement pour l'une des deux causes, selon son desir (choix).

• 2654. Chaibânî ajoute: Et ce sera à l'instar du cas où l'on achète à quelqu'un un esclave contre une chose qui n'a pas de valeur, comme du vin ou un cadavre, et qu'on obtienne possession de cet (esclave) et que celui-ci meure en la main de l' (acheteur).

comm. Ce que Chaibânî dit ici fait allusion à une de ses opinions que voici: Si on achète (quelque chose) contre un cadavre ou contre une certaine quantité du sang, on aura la responsabilité de dédommager (de la valeur) dès qu'on obtiendra possession (de la marchandise), bien que la (marchandise) ne devienne pas la propriété de l'(acheteur).

Et cette opinion va à l'encontre de ce que lui-même a dit dans son **al-Mabsût** (appelé également **Kitâb al-aṣl,** qui n'a pas encore été édité) où il dit que, dans un tel cas, le contrat n'est pas conclu du tout, et ce qui reste c'est seulement la possession qu'on a à cause de la livraison de la marchandise. Or une simple possession n'oblige pas le possesseur à payer des dommages. C'est le contraire dans le cas de celui qui achète quelque chose contre du vin. Mais ce que Chaibânî dit ici est plus correct, car l'(acheteur) obtient possession de la (marchandise) parce qu'elle est à lui. Une telle possession, même si elle a lieu avec l'autorisation du propriétaire, oblige au dédommagement de la valeur.

Ne vois-tu pas que ce cas n'est pas pire que celui où l'on obtient possession d'une chose en marchandant (normalement)? Dans ce cas-là le (possesseur) doit dédommager de la valeur, bien qu'il ne devienne pas propriétaire (de la marchandise). Il en est donc de même ici.

• 2655. Si ce (faux maître) fait de cet esclave un **mudabbar** (libérable à la
1371 mort du propriétaire), * qui gagne quelque chose après ce contrat (de libération à terme) et qu'après cet acte les parties confirment le fait, alors le contrat de libération du **mudabbar** ne supportera pas la rupture, comme c'est aussi le cas de la libération immédiate; mais la personne à qui cet esclave a été illiégalement pris aura la faculté de demander à celui qui le libère à terme le dédommagement de la plus élevée des deux valeurs de cet esclave: celle qu'il avait le jour où il en a obtenu possession et celle qu'il avait le jour où il lui a promis la libération à terme

comm. Car en lui donnant la liberté à terme il le "détruit" (vis-à-vis du vrai maître), étant edonné que ce (faux propriétaire) détient chez lui une chose où a pénétré la libération-c. à-d. la libération à terme, à survenir après sa mort; et nous avons déjà mentionné que la destruction d'une chose dont on a obtenu possession oblige à dédommager. Donc on a la faculté de demander dédommagement pour celle des deux causes qu'on désire.

• 2656 Toutefois les gains de l'esclave -**mudabbar** (libérable à terme) appartiendront à celui qui verse les dommages.

comm. Car ces (gains) ont eu lieu après le contrat de libération à terme (de **mudabbar**), alors que cet homme est devenu propriétaire de cet (esclave), au moyen des dommages, à partir du moment où il a obtenu possession de cet (esclave) ou du moment où il lui a donné la libereté à terme.

• 2657. Si (au lieu d'un esclave), il s'agit d'une jeune esclave à la quelle il fait un enfant, alors la réponse sera la même que pour l'esclave qu'on libère à terme. Mais à supposer que l'homme livre **ab initio** à quelqu'un d'autre cette jeune esclave, sans pour autant affirmer qu'elle lui appartenait, et que cet autre lui promette la libération à terme, ou lui fasse un enfant, ou même qu'il fasse avec elle un pacte de libération à condition qu'elle paiera sa valeur au maître-chose qu'elle fait effectivement - si par la suite elle gagne quelque chose et qu'après cela les deux hommes, celui qui a obtenu possession (de l'esclave) et celui qui (en) a donné possession, se confirment l'un l'autre pour dire qu'elle n'appartenait pas en vérité à celui qui (en) a donné possession, alors que la jeune esclave les infirme, alors comme nous avons déjà mentionné on ne doit pas prendre en considération la confirmation mutuelle de ces deux hommes qui tend à annuler le droit de la jeune esclave à la libération après que ce droit s'est établi en toute apparence. Donc les deux hommes tomberont sous le coup de la règle qui impose les dommages, de sorte que la personne qui a donné possession aura la faculté d'exiger de celui qui a obtenu possession de verser des dommages égaux à la plus élevée des deux valeurs (de l'esclave: celle qu'elle avait le jour de la prise de possession et celle qu'elle avait le jour de son émancipation selon le contrat de la libération à terme).

comm. Car celui (qui a obtenu possession de la jeune esclave), la détient et il la "détruit" par la fait qu'il lui accorde la libération à terme ou qu'il lui fait un enfant (ce qui procure également à la jeune esclave la libération automatique à la mort de son maître-conjoint).

• 2658. Mais ce qu'elle aura gagné après cet acte sera laissé intact à celui qui paie les dommages.

comm. Car il est devenu porpriétaire de cette esclave, au moyan des dommages qu'il a versés, à partir du moment où les dommages lui ont été imposés. Donc tout gain (de cette esclave) qui a eu lieu par la suite est sa propriété à lui.

Si l'on disait: "Comment les gains pourront-ils lui appartenir alors qu'il avoue que cette esclave appartient à cet autre homme à qui elle a été enlevée (illégalement), et alors que les gains de l'esclave appartiendront à son (vrai) maître?" Nous dirions: Oui, mais le juge a infirmé son aveu, étant donné qu'il a décrété contre lui qu'il ait à verser la valeur de cette esclave. On sait que, quand on infirme l'aveu de celui qui avoue, l'effet de son aveu est annulé. Ne vois-tu pas que, si celui qui l'infirmait était celui-là même en faveur de qui il a avoué, l'effet de l'aveu serait annulé? Si c'est le juge qui l'infirme, il en sera ainsi à plus forte raison.

En ce qui concerne l'esclave - **mukâtab** (en instance de libération contre paiement de la valeur), il ya une différence entre ce cas et le cas précédent. Car dans le cas précédent, quand il devient impossible de rendre cet esclave - **mukâtab** (à son ancien et vrai maître) - parce qu'il est devenu homme libre par le paiement (de son prix de rachat), et parce qu'il confirme les deux parties (le vrai et le faux maîtres) - nous avons dit que le (faux maître) doit rendre le prix de rachat (du **mukâtab**) qu'il a touché; mais ici, dans le cas présent, quand il devient impossible de rendre le prix d'émancipation parce que l'(esclave) infirme le dire des deux (maîtres), on n'impose pas à celui (qui a conclu avec cet esclave le pacte de libération contre paiement de la valeur) de rendre le prix d'émancipation avec la responsabilité de verser les dommages pour la valeur (de l'esclave).

La raison en est que dans le cas précédent, le droit de celui à qui l'esclave a été enlevé aurait été établi quant à ces gains (de l'esclave) -étant donné que cet esclave-**mukâtab** confirme (les faits) -si la libération n'avait pas été * mise à exécution. 1372
Nous apprenons ainsi que l'impossibilité de rendre (l'esclave à son maître) provient du fait qu'à l'esclave s'attache quelque chose qui n'est pas susceptible d'être cassé, et non pas du fait que le juge infirme le dire de cet homme; donc la règle (de rendre l'esclave récupréré à son vrai maître) se limitera à tel endroit (c.-à-d. à tout esclave récupéré) où cette (règle) n'est pas susceptible d'être cassée. Cette (restriction) n'existe pas dans le prix d'émancipation du **mukâtab** déjà touché. Mais ici, dans le cas présent, ne s'établit pas en faveur du (faux maître) un droit sur ce que l'(esclave) a gagné après avoir versé le prix de son émancipation, parce qu'il infirme le dire des deux (maîtres) à ce propos.

• 2659. Si cette confirmation mutuelle entre les deux (maîtres) avait lieu avant le paiement intégrale de la contrepartie (c. -à-d. le prix d'émancipation du

mukâtab), le (demandeur) n'aurait aucun droit ni à l'esclave - **mukâtab** ni à ses gains. C'est pourquoi nous avons dit qu'on n'impose pas à la main possédante (sur l'esclave) de rendre le prix d'émancipation à l'autre dans ce cas. En outre, ceci étant déterminé, il devient manifeste que, si la valeur (de l'esclave) augmente, dans le cas présent, le (faux maître) dédommagera de la valeur qu'avait l'esclave le jour où il a conclu le pacte de libération contre paiement, et non de celle qu'il avait le jour où ce maître a intégralement touché le prix d'émancipation, car le pacte de libération même fait qu'il détient (chez lui cet esclave), et Il n'est pas pensable que cela ait lieu encore une fois lors du paiement intégral du prix d'émancipation.

comm. Mais dans le cas présent, on ne peut détenir (l'esclave) que quand on a touché intégralement le prix d'émancipation. Voilà pourquoi on lui demandera de dédommager de la valeur qu'avait l'esclave à ce moment - là.

• 2660. Si c'est établi, cela expliquera aussi la première différence. Car cet homme devient propriétaire de l'(esclave) au moyen des dommages qu'il paie, et au moment où le dédommagement de la valeur lui est imposé. Mais dans le cas présent, le dédommagement de la valeur est devenu impossible à cause du contrat de libération contre paiement, qu'il a conclu. Puisque le prix d'émancipation qu'il touche est un gain nouveau, et qui a lieu après cet acte-là, on le laissera à celui qui a versé le dédommagement. Mais dans le cas précédent, il a dédommagé de la valeur qu'avait l'esclave au moment du paiement, alors que le prix d'émancipation que touche ce (maître) est une chose qui a eu lieu avant ce fait. Chaibânî poursuit:

Ne vois-tu pas que si un esclave a l'autorisation de son maître de s'occuper de commerce, puis qu'il s'endette, si son maître conclut avec lui un contrat de libération contre paiement de la valeur, que cet esclave devienne homme libre, ayant payé la somme convenue, ses créditeurs auront le droit de demander (au maître) le dédommagement de la valeur qu'avait l'esclave le jour où il a obtenu sa libération?

comm. Car ces créanciers avaient droit sur la valeur de la personne de cet esclave, eu égard à la dette, et le (maître) a "détruit" cet esclave (vis-à-vis des créanciers) par l'encaissement de la contrepartie du contrat d'émancipation. Car avant cette (libération), les (créanciers) avaient la faculté de déclarer ce (**mukâtab**) comme un simple esclave et de le vendre pour leur créance.

• 2661. En outre, il leur sera loisible de prendre le prix d'émancipation payé, si la valeur de l'esclave ne suffit pas pour leur créance.

comm. Car leur droit est chose établie sur ce gain (de l'esclave et payé par lui comme prix d'émancipation), eu égard au fait que leur droit sur la personne de cet esclave persiste.

• 2662. Si quelqu'un usurpe un esclave qui vaut mille dinars mais qui, en sa main, acquiert la valeur de deux mille, si par la suite l'usurpateur conclut avec lui un contrat de libération contre paiement de la valeur, sans qu'on sache que l'esclave appartient à quelqu'un d'autre, et si par la suite sa valeur augmente jusqu'à trois mille, que l'esclave paie le prix de son émancipation pour devenir homme libre, et

qu'ensuite l'usurpateur et la victime de l'usurpation confirment qu'il y a eu usurpation, mais que l'esclave infirme le dire des deux hommes, alors le juge imposera à l'usurpateur de dédommager de la valeur qu'avait l'esclave le jour où il a * 1373
conclu le contrat d'émancipation contre paiement de la valeur, et non de celle qu'avait l'esclave le jour où celui-ci a payé intégralement le prix convenu pour devenir home libre.

comm. Car l'(usurpateur) détient cet esclave et il le "détruit" (vis-à-vis de son vrai maître) dès qu'il conclut le contrat de libération contre paiement de la valeur.

Ne vois-tu pas que, s'il n'avait pas obtenu paiement intégral du prix d'émancipation, la confirmation mutuelle des deux hommes n'aurait affecté en rien l'esclave-**mukâtab**, et la victime de l'usurpation n'aurait rien pu faire contre cet (esclave)? Donc quand il est établi qu'il lui faut dédommager de la valeur qu'avait l'esclave le jour du contrat de libération contre paiement d'une somme convenue, il est établi aussi qu'il en devient propriétaire dès ce moment-là. Voilà pourquoi le prix d'émancipation sera laissé à l'usurpateur.

comm. Car il l'a obtenu sur les gains de cet esclave après que le dédommagement (de la valeur de l'esclave en faveur de la victime de l'usurpation) a été établi. Cela explique ce qui précède. Et tout pouvoir provient de Dieu.

* Chapitre (137) 1374
DE CE QUI NE PEUT PAS ETRE BUTIN, MÊME SI ON L'A MIS EN SÉCURITÉ SUR LE TERRITOIRE ENNEMI.

* 2663. Un Musulman usurpe l'esclave d'un autre Musulman, puis, apostasiant, se met en sécurité, accomagné de cet esclave, sur le territoire ennemi. Si par la suite les Musulmans dominent cet apostat, le tuent et capturent ce qu'il possédait, alors l'esclave sera rendu pour rien à la victime de ladite usurpation, aussi bien avant qu'après le partage des butins.

comm. Car celui qui (le lui) a enlevé était redevable d'en dédommager, et sa mise en sécurité ne l'acquitte pas de la responsabilité des dommages. Donc s'il ne se rend pas quitte des dommages, c'est comme s'il ne mettait point en sécurité cet (esclave usurpé). Et cela, de deux façons:

Primo; parce que les dommages payés pour une usurpation entraînent obligatoirement le titre de propriété en faveur de l'(usurpateur), dès qu'il se les est imposés définitivement. Or si un homme acquiert sur quelque chose la cause qui donne titre de propriété, cet homme ne peut pas obtenir la même chose par l'exercice de la domination (=par la force), ni l'acquérir de quelqu'un d'autre.

Secundo; parce que le fait de l'usurpation l'oblige à restituer la chose (usurpée) elle-même, de sorte que si cela devient impossible, il doit la remplacer par des dommages équivalents.

• 2664. En outre, son apostasie et son refuge sur le territoire ennemi ne font tomber sa responsabilité ni quant à la restitution, ni quant à ce qui la remplace en fait de dommages équivalents.

comm. Car cette chose (= la restitution ou les dommages) s'impose à sa responsabilité, tandis que la mise en sécurité au moyen du territoire ennemi n'a aucun rapport avec ce qui est imposé à sa responsabilité.

• 2665. Donc si le propriétaire d'origine reprend cet (esclave) sans rien payer,
1375 après que le partage a déjà effectué, * le Trésor Public Central dédommagera le (soldat) dans la quote-part de qui cet esclave était tombé, car ce dernier avait droit à sa quote-part. Il en sera de même si l'apostat a apostasié avant d'usurper, et que le reste des circonstances soit le même.

comm. Car tant que cet (usurpateur-apostat) se trouve sur le territoire islamique, il est sujet de la juridicition islamique, au même titre qu'un Musulman. Donc dans un tel cas, il sera redevable de dédommager s'il usurpe (quelque chose).

2666. S'il s'agait d'une femme qui usurpe puis apostasie, il en sera d'elle comme d'un homme. De même s'il s'agit d'un Dhimmî qui rompt le pacte de citoyenneté, que ce soit après ou avant l'usurpation, il en sera de lui comme d'un Musulman.

comm. Car il est redevable de dédommager. Chaibânî parle de cela ici, parce que le Dhimmî qui rompt le pacte de citoyenneté fait partie du butin; et il en est de même de l'apostat après qu'il s'est réfugié sur le territoire ennemi. Et pourtant il faut restituer la chose usurpée à son propriétaire d'origine; car ni l'un ni l'autre ne sont devenus propriétaires de la chose usurpée, même s'ils l'ont mise en sécurité, étant donné qu'ils étaient redevables des dommages. Donc si cette chose (usurpée) subsiste (**de jure**) dans le titre de propriété du Musulman (victime de l'usurpation), il faut la restituer au propriétaire d'origine dès que les Musulmans auront dominé cette (chose) et même si celui qui l'a en sa main possédante fait lui-même partie du butin.

2667. Si un apostat qui s'est réfugié en territoire ennemi-ou un Dhimmî qui a rompu le pacte de citoyenneté (pour faire une incursion dans le territoire islamique), usurpe les biens d'un Musulman ou d'un Dhimmî et les transporte sur le territoire ennemi, et si par la suite les (Musulmans) dominent ce qu'il a, cela fera partie du butin.

comm. Car un tel homme devient membre des ennemis en guerre, s'il se réfugie chez eux, et peu importe que ce soit en tant qu'apostat ou en tant que (citoyen) qui rompt le pacte de citoyenneté. On sait que si un ennemi en guerre usurpe les biens d'un Musulman, il n'est pas redevable d'en dédommager; et s'il détruit les biens d'un Musulman, il n'est non plus redevable d'aucun dommage. C'était le contraire, dans le cas précédent; car là, lors de l'usurpation, le (coupable)
1376 était un ressortissant * du territoire islamique; et s'il détruisait les biens, il était donc redevable d'en dédommager; de même s'il usurpait les biens, (il devait en

dédommager). Au contraire si quelqu'un n'est pas redevable de dédommager et n'est pas tenu à restituer (les biens), la mise en sécurité qu'il fait (de ces biens) est parfaite, et il en devient propriétaire. En outre si les Musulmans dominent les biens d'un ennemi en guerre, cette domination est cause que ces biens fassent partie du butin.

Donc si le propriétaire d'origine les retrouve avant leur partage en butin, il les reprendra sans rien payer; mais s'il les retrouve après le partage, il les reprendra contre paiement de la valeur.

Car dans ce cas, ce sera comme si la mise en sécurité (des biens usurpés au Musulman) avait été effectué par un ennemi belligérant autre que cet (ancien ressortissant du territoire islamique).

Ne vois-tu pas ceci? Si cet (ennemi d'origine) embrassait l'Islam, les biens (usurpés par lui) seraient laissés, tandis que dans le présent cas (de l'apostat), s'il embrassait de nouveau l'Islam, on lui commanderait de restituer les biens à leur propriétaire d'origine. Ce cas (d'usurpation) tient également à l'analogie avec les biens détruits: Car si un (ressortissant de l'Etat islamique) détruit les biens (d'un Musulman) après être devenu (apostat et) ennemi en guerre, puis qu'il embrasse de nouveau l'Islam, il ne sera pas tenu à verser des dommages au propriétaire d'origine; mais s'il les détruit avant d'être devenu ennemi en guerre, et s'il embrasse de nouveau l'Islam, il sera tenu pour redevable de dédommager le propriétaire d'origine.

Il en est de même si un ennemi en guerre se rend chez nous sous sauf-conduit, puis usurpe les biens d'un Musulman ou d'un Dhimmî (**mu'âhid**), pour les faire entrer dans le territoire ennemi; s'il embrasse l'Islam (= et devient ressortissant du territoire islamique), il devra les lui restituer. Si ces mêmes biens (usurpés par un ennemi venu sous un sauf-conduit) tombent dans les butins (que capturent les Musulmans), on les restituera au propriétaire d'origine, sans rien lui réclamer, aussi bien avant le partage qu'après.

• **2668**. Ce serait le cas contraire si un ennemi en guerre sortait (pour entrer chez nous) pour faire une razzia et non sous un sauf-conduit.

comm. Car s'il vient sous sauf-conduit, il est redevable de verser des dommages pour la chose usurpée, s'il l'enlève, tout comme il est redevable de dommages, s'il la détruit. Donc s'il la met en sécurité (sur le territoire ennemi), cela n'est pas parfait. Au contraire s'il se rend (chez nous) pour faire une razzia, il n'est pas redevable de dommages pour ce qu'il enlève-étant donné que s'il détruisait ainsi quelque chose, il ne serait pas redevable d'en verser les dommages, -donc sa mise en sécurité est prafaite.

• **2669**. Si l'usurpateur qui est redevable de verser des dommages entre sur le territoire ennemi, accompagné de la chose usurpée, puis que quelqu'un d'autre la lui usurpe, si tous deux portent plainte l'un contre l'autre devant leurs autorités (**sultân**), et si les autorités décrètent que le premier usurupateur ne doit pas molester le

deuxième, puis que les habitants de ce territoire embrassent l'Islam, alors les biens appartiendront au deuxième usurpateur: personne ne pourra rien faire contre lui.

comm. * Car la mise en sécurité de cet objet par ce (deuxième usurpateur)
1337 devient parfaite, **de sensu** (= on peut le sentir), parce que cet homme a obtenu cet objet par la domination, et **de jure** grâce à la puissance de leurs autorités du moment qu'elles ont empêché le premier usurpateur de récupérer ces (biens), donc c'est le (deuxième usurpateur) qui en devient propriétaire, car, au moment où il s'en empare, il est un ennemi en guerre; donc il n'est pas redevable de dommages, s'il usurpe, de même qu'il n'est pas redevable de dommages, s'il détruit (les biens d'un Musulman). En outre, si dans de telles conditions, il enlève ces biens au propriétaire, il en deviendra lui-même propriétaire par leur mise en sécurité au moyen de son territoire et de la puissance de ses autorités; il en sera de même, donc, s'il les enlève de la main de celui qui les a usurpés au propriétaire d'origine.

• 2670. De plus, le premier usurpateur (devenu ressortissant islamique) doit verser à leur propriétaire d'origine des dommages pour la valeur des biens.

comm. Car il lui est devenu impossible de restituer les biens eux-mêmes après qu'il en était devenu redevable. Or l'équivalent en dommages remplace la restitution de la chose elle-même, lors d'une impossibilité

• 2671. Si les Musulmans dominent ce territoire, alors le propriétaire d'origine reprendra ces biens, sans rien payer, si c'est avant le partage du butin et, après le partage, contre paiement de la valeur, s'il le veut.

comm. Car ces biens sont devenus des butins comme tous les autres butins qu'on a capturés sur le deuxième usurpateur. Quant au butins qui étaient à l'origine propriété d'un Musulman, leur statut légal est ce que nous venons de mentionner.

• 2672. Si deux Musulmans se trouvent sur le territoire ennemi, soit qu'ils y soient allés sous sauf-conduit, soit qu'on les ait fait prisonniers de guerre, et si l'un d'eux usurpe quelque chose à son camarade, puis que l'usurpateur apostasie et qu'il défend la chose usurpée, en quoi les autorités de ce pays-là lui donnent raison (**litt.** le suivent), si ensuite tous ces (ennemis, y compris l'apostat) embrassent l'Islam, il incombera à l'usurpateur de restituer la chose usurpée à son propriétaire d'origine. Mais si les Musulmans dominent (conquiérent ce territoire, on restituera cette (chose en postliminium) à son propriétaire d'origine, sans rien lui réclammer, que ce soit avant le partage des butin ou après le partage.

comm. Car dans ce cas, l'usurpateur est redevable de dédommager: S'il s'agit de Musulmans qui sont allés sous sauf-conduit, cette règle est facile à comprendre, étant donné que si l'un d'eux détruit les biens de l'autre, il sera redevable d'en dédommager, comme dans le cas du meurtre. Donc quand il y a usurpation, il sera
1378 également redevable des dommages. Mais dans le cas des prissoniers de guerre, * certains juristes de notre école (hanafite) affirment que la même réponse est attribuée à Chaibânî car selon lui, le prisonnier de guerre est, en ce qui concerne les dommages, comme le touriste qui est allé (chez l'ennemi) sous sauf-conduit, s'il (y)

est assassiné par un (autre) Musulman; et le statut légal est le même, pour les dommages concernant les biens. Mais selon l'avais d'Abû-Hanîfa, si l'un des prissonniers tue son camarade, il n'y a aucun dommage à payer en compensation de la vie; il en sera de même s'il usurpe les biens de son camarade: il ne sera redevable d'aucun dédommagement. Sarakhsî dit: Mais il est plus correct de dire que tous (Abû-Hanîfa et Chaibânî) ont le même avis, car un Musulman se croit tenu par la loi islamique où qu'il se trouve et, par cette croyance, il sera tenu de restituer la chose (usurpée) elle-même, pourvu que dans l'impossibilité de restituer la chose elle-même, le paiement de dommages équivalents remplace la restitution de la chose elle-même, s'il s'agit g'une chose de valeur et protégée par la loi. Or si quelqu'un est fait prisonnier, ses biens ne perdent pas leur qualité d'être appréciables, Il en est ainsi parce que, bien que le Musulman soit prisonnier, il reste ressortissant du territoire Islamique.

Ne vois-tu pas que si le (prisonnier) a une épouse dans le territoire "islamique, il n'y a pas rupture des liens de mariage entre eux? Donc **de jure** on considérera que ses biens sont en sécurité, eu égard au fait qu'ils se trouvent en sa main. Voilà pourquoi l'usurpateur sera tenu pour redevable de dédommagement envers l'autre. Bien qu'il soit tenu pour redevable de dédommage ment, la mise en sécurité par l'(autre) n'est pas parfaite. (pour plus de détail, voir ch. 172 **infra**).

• 2673. (Dans cette affaire d'usurpation) s'il s'agit de deux (ennemis) qui ont embrassé l'Islam sur le territoire ennemi et que le reste des circonstances soit le même, alors il faut distinguer: Si les habitants de ce territoire ont embrassé l Islam avant que les Musulmans (c.-à-d. les forces de l'Etat islamique) les aient dominés, la chose usurpée doit être restituée à la victime de l'usurpation, pour la raison que nous avons évoquée, à savoir que, du fait qu'on se convertit à l'Islam on devient sujet de la loi islamique. Or la loi islamique commende de restituer la chose usurpée à la victime de l'usurpation, comme le précise cette parole du Prophète: "...et la main possédante sera tenue pour redevable de ce qu'elle a enlevé jusqu'à ce qu'elle (le) restitue..." Or une fois que la restitution de la chose elle-même s'est imposée (à l'usurpateur), la mise en sécurité qu'il en fait (au moyen du territoire ennemi) n'est pas parfaite. Au contraire, si l'(usurpateur musulman) apostasie et domine au moyen de la force des autorités de ce pays-l`a et que les habitants de ce pays n'aient pas embrassé l'Islam avant que les (armées des) Musulmans les dominent, alors l'usurpateur fera partie du butin pour quiconque le capturera; (1)

comm. Car cet (apostat) ne s'est pas mis en sécurité au moyen du territoire islamique. Il n'aura donc plus l'immunité, une fois qu'il sera devenu un belligérant à cause de l'apostasie.

• **2674.** Et ce sera le cas contraire s'il a apostasié déjà sur le territoire islamique, pour gagner ensuite le territoire ennemi. Car dans ce cas sa belligérance est consolidée du fait qu'il s'est mis en sécurité au moyen du territoire (ennemi). Donc cette (mise en sécurité des biens) n'est pas cassée, en aucune façon, par la

(1) Voir infra le commentaire de Sarakhsî, qui met en doute cette solution.

suite, et la victime de l'usurpation n'a aucune voie pour récupérer ses biens, ni avant le partage ni après (si ces biens deviennent butin).

comm. Car la simple conversion d'un (ennemi) à l'Islam ne fait, ni **de facto** ni **de jure**, que ses biens soient en sécurité au moyen du territtoire (ennemi). Toutefois
1379 si les (musulmans) * dominent le territoire (ennemi) et que ces biens se trouvent en la main de cet (ennemi converti à l'Islam), il aura plus de droit à ces biens, eu égard au fait que c'est lui, qui, par sa main possédante, les a mis en sécurité, devançant en cela (les autres conquérants). Cet aspect est inexistant si les biens d'un (Musulman) ont été usurpés par quelqu'un d'autre, qui est devenu belligérant, car ces biens ne sont plus, ni **de facto** ni **de jure**, en la main du (Musulman victime de l'usurpation). Voilà pourquoi ils deviendront butin des Musulmans (conquérants), et le (propriétaire d'origine) n'aura aucune voie pour les récupérer.

Certains juristes de notre école disent qu'il s'agit ici (**litt:** le sujet de ce cas) du cas où l'usurpateur serait un belligérant au moment où il usurpe, mais que s'il s'agisse d'un Musulman qui par la suite apostasierait-comme c'est le cas du problème précédent-la réponse ne serait pas la même. Ne vois-tu pas que Chaibânî a dit: "l'usurpateur fera partie du butin pour quiconque le capturera", et qu'il n'a pas dit: "on le contraindra à embrasser de nouveau l'Islam"? Si Chaibânî pensait au cas où l'homme serait, au moment où il usurpe, un Musulman qui, par la suite, apostasierait, on contraindrait l'(usurpateur-apostat) à embrasser de nouveau l'Islam. Il faut penser ou bien qu'il s'agit là d'une faute de copiste, ou bien que Chaibânî a pensé d'abord aux Musulmans mais que par la suite il a été distrait pour aller parler d'un ennemi en guerre qui, après avoir usurpé des biens d'un Musulman, embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, et qu'il a donné l'avis que voilà. Il en est ainsi parce que la qualité d'homme libre se consolide dans l'(usurpateur-ennemi) par le fait qu'il a embrassé l'Islam, et cela de telle sorte qu'elle ne peut être cassée en aucune manière. Donc l'usurpateur (apostat) sera puni de mort s'il n'embrasse pas de nouveau l'Islam. Mais, qu'on le traite comme un butin, non.

• 2675. Si un Musulman place une chose en dépôt chez un autre Musulman tout en l'autorisant à emmener avec lui cette chose s'il venait à partir en voyage, et si le dépositaire apostasie et qu'il gagne le territoire ennemi, puis que son camarade se rende auprès de lui pour lui réclamer (le dépôt), si le dépositaire le lui) refuse et que tous deux portent le litige devant les autorités de ce pays-là lesquelles coupent court à la main du Musulman vis-à -vis de cet (apostat), puis que les habitants de ce pays (y compris l'apostat) embrassent l'Islam, alors le dépôt appartiendra au dépositaire, et son camarade n'aura aucune voie pour reprendre (le dépôt).

comm. Car le (dépositaire) n'était pas responsable de dédommager (la perte) du dépôt, même sur le territoire islamique. De même quand il le quitte pour gagner le territoire ennemi en tant que belligérant et qu'il détruise le (dépôt), il ne sera redevable d'aucun dédommagement. De même donc s'il refuse de restituer le dépôt. En outre, par ce refus, il devient juridiquement comme un usurpateur. On considérera que c'est à ce moment (du refus) qu'il a usurpé (l'objet) **ab initio** et l'a mis en sécurité au moyen de la puissance de ces autorités (ennemies).

• 2676 Et si par la suite il embrasse de nouveau l'Islam, cet objet lui sera laissé intact. Mais si cet objet tombe dans les butins (capturés par les Musulmans), on le restituera à son propriétaire d'origine sans rien réclamer si c'est avant le partage, et contre paiement de la valeur si c'est après. Au contraire, s'il l'a usurpé sur le territoire islamique et que le reste des circonstances soit le même, alors on restituera (cet objet en postliminium) à son propriétaire d'origine dans tous les cas, (sans rien lui réclamer).

comm. Car, sur le territoire islamique, le (dépositaire-usurpateur) était tenu pour redevable de dédommager (le déposant). On ne le rendra pas redevable de dédommagement (**ab initio**) s'il refuse de rendre le (dépot) lors de la réclamation sur le territoire ennemi, étant donné qu'il n'y a pas lieu à une nouvelle usurpation tant que la première subsiste. C'est pourquoi * l'existence de ce refus sera traitée 1380
comme son inexistence.

• 2677. A supposer que l'usurpateur rende (son dépôt) quand le déposant le lui réclame sur le territoire ennemi , si par la suite l'(ancien dépositaire) saute [1] sur lui et lui arrache de nouveau cet objet et que les autorités (locales) coupent court à la main de la victime de l'usurpation dans sa tentative de recupération, et que par la suite les habitants de ce pays embrassent l'Islam, l'objet usurpé sera laissé à l'usurpateur.

comm. Car l'effet de la première usurpation a pris fin une fois que l'objet a été rendu à son propriétaire, et la responsabilité qu'avait le (dépositaire) de restituer l'objet lui-même tombe; donc le présent enlèvement constituera une usurpation **ab initio**, chose qui n'impose aucun dédommagement, puisque en l'occurence, l'-(usurpateur) est un ennemi en guerre. Et en effet il met en sécurité l'objet usurpé une fois que les autorités (locales) empêchent la (victime de l'usurpation) de recourir contre lui.

• 2678. Il en sera de même si l'usurpateur ne restitue pas (le dépôt) à la victime de l'usurpation mais que celui-ci trouve le moyen de le contraindre et de le lui arracher, puis que l'usurpateur porte plainte devant les autoritées de l'ennemi en guerre, qui le lui restituent.

comm. Car le (propriétaire d'origine) a repris l'objet à cet homme. Donc ce cas est l'equivalent du précédent, étant donné que l'usurpateur est quitte de la responsabilité du dédommagement, dès que le (propriétaire d'origine) a récupéré sur cet usurpateur l'objet usurpé. Ainsi cet objet récupéré rejoint les autres biens que ce (propriétaire d'origine) aura emmenées avec lui (sur le territoire ennemi). Donc si l'usurpateur prévaut contre lui quant à ces biens, au moyen de la puissance des autorités locales, il les met bien en sécurité.

• 2679. A supposer que deux personnes embrassent l'Islam sur le territoire

ennemi, puis que l'une d'elles usurpe quelque chose à son camarade-ou refuse de lui restituer quelque chose-et qu'elles portent plainte devant les autorités locales, qui donnent ordre de laisser à l'objet (contesté), eu égard au fait qu'il se trouve on sa main possédante; si par la suite les habitants du pays embrassent l'Islam - et que ces deux personnes-là conservent aussi leur Islam-l'objet usurpé sera restitué à la victime de l'usurpation.

comm. Car il est du devoir de l'usurpateur, à cause de sa foi (islamique), de resituer l'objet en tant que tel. Donc la conversion des habitants du pays à l'Islam n'y ajoute que renforcement. Un Musulman ne peut pas mettre en sécurité les biens d'un autre Musulman, au moyen de la puissance des autorités du pays de l'ennemi (en guerre contre l'Etat islamique), et il n'en devient pas propriétaire non plus. Car si tous deux se trouvaient sur le territoire islamique, l'(usurpateur) n'en deviendrait pas propriétaire par ordre de l'autorité musulmane. Comment pourait-il donc devenir propriétaire de ces biens par ordre des autorités des ennemis en gurerre?(1)

• 2680. Supposons que deux hommes (l'usurpateur et la victime de l'usurpation) n'ont pas du tout embrassé l'Islam, puis que les Musulmans dominent (conquièrent) ce pays, alors l'objet usurpé fera partie du butin pour ceux qui le captureront, et la victime de l'usurpation ne pourra rien là-contre, même s'il établit la preuve de son droit. Car un usurpateur ne peut jamais devenir propriétaire de tels biens même en les mettant en lieu sûr, quant à la victime de l'usurpation (ici, un Musulman se trouvant sur le territoire ennemi), il a la possibilité d'(y) mettre
1381 quelque chose en sécurité , * s'il le conserve en sa main possédante (au moment de la conquête islamique). C'est pourquoi nous avons déjà dit qu'un tel (converti sur le territoire ennemi) ne peut pas mettre en sécurité ses terrains (contre les conquérants musulmans, mais seulement les biens qu'il garde en sa main possédante).

comm. Car sa main possédante n'y est pas renforcée. De même, s'il confie quelque chose en dépôt à un ennemi en guerre, cet acte ne met pas un tel objet en sécurité, selon l'avis d'Abû-Hanîfa. Certes il met en sécurité ce qu'il garde en sa main, ou ce qu'il confie en dépôt à un (ressortissant du territoire islamique), qu'il soit Musulman ou Dhimmî (**mu'âhid**), eu égard au fait que la main possédante d'un tel (ressortissant musulman) est prise en considération et est respectée, et elle a la capacité pour mettre quelque chose en sécurité. Or la main de ce (dépositaire) remplace la main du (propriétaire convertis sur le territoire ennemi). Mais ce sens n'existe pas dans le cas de la main possédante de l'usurpateur car, bien qu'elle soit respectée (? en tant que convertie) elle ne remplace pas la main du propriétaire (d'origine). Donc dans le cas présent (de la conquête), ces biens seront considérés comme s'ils ne se trouvaient en la main de personne. Donc ils feront partie du butin (pour qui les capture).

Ne vois-tu pas ceci? Si cet ennemi, converti à l'Islam, vient dans notre

(1) On dirait que cet usurpateur musulman est tenu, sur le territoire islamique, pour redevable de la restitution, par piété et non judiciairement, vu le fait que le tribunal musulman lui a donné raison, même injustement. Qui va casser le jugement du tribunal?

territoire, laissant ses biens sur le territoire ennemi, et que par la suite les Musulmans dominent (conquièrent) ce pays-là, tous ces biens feront partie du butin-sauf ce que ce (converti) aura confié en dépôt à un Musulman ou à un Dhimmî-et il ne pourra rien faire là-contre, ni avant le partage ni après.

Car ce statut légal (de l'immunité des biens du converti) a lieu quand il les met en sécurité au moyen du territoire islamique. Pour les (biens laissés sur le territoire ennemi) cela est inexistant. Mais tout cela est une déduction de la loi, en raisonnant analogiquement à partir de la parole d'Abû-Hanîfa. Mais selon Chaibânî, tous ces biens (abandonnés sur le territoire ennemi mais capturés par les conquérants musulmans) doivent être restitués à ce (converti) aussi bien avant qu'après le partage des butins, à l'exception des biens qu'un ennemi en guerre lui aurait usurpés, et pour lesquels cet (usurpateur) aurait refusé de reconnaître le bien fondé de sa réclamation et qui auraient été protégés contre (la victime de l'usurpation par les autorités locales. Car la mise en sécurité de ces biens par l'ennemi en guerre se parfait au moyen de la puissance de ses autorités. Cet (ennemi) en devient donc propriétaire. A part cela, tout le reste est la propriété de ce converti (**litt.** : ce Musulman). Il faut donc restituer au converti ce (qu'il avait abandonné sur le territoire ennemi et qui
n'avait pas été mis en sécurité par un ennemi), et il sera égal * que l'objet soit en sa 1382
main ou en la main d'un Musulman usurpateur, ou en la main d'un dépositaire même si ce dernier est un ennemi en guerre. Nous avons déjà mentionné cette question. Et Dieu sait mieux.

* Chapitre (138) 1383

DE LA DÉLÉGATION POUR RACHETER CONTRE RANÇON UN ESCLAVE QUI A ÉTÉ FAIT PRISONNIER DE GUERRE

• 2681. Si l'homme dont l'esclave a été fait prissonnier délègue quelqu'un pour le lui racheter au vendeur ennemi, c'est valide.

comm. Car il a capacité pour le racheter (**litt.** : prendre) lui même personnellement, il a donc également capacité pour placer quelqu'un d'autre en sa place. Et cet autre, une fois placé en sa place, a capacité pour discuter du prix du rachat de cet (esclave-prisonnier).

• 2682. Et quand il en prend livraison, c'est aussi à lui de payer le prix à celui des belligérants à qui il l'achète.

comm. Car le droit d'obtenir possession de l'esclave lui appartient, donc c'est à lui aussi qu'incombe le devoir de remettre la rançon. Il en est ainsi parce que c'est lui qui se charge de conclure le contrat. Les droits du contrat appartiennent à celui qui contracte et, en ce qui concerne les droits du contrat, les droits de celui qui contracte (pour autrui) sont comme les droits de celui qui contracte pour lui-même. Pour la délégation, il en est de ce rachat comme d'un achat **ab initio**.

Si l'on disait: "Cette règle se tient en ce qui concerne l'achat, eu égard au fait que le délégué se charge de la cause qui donne titre de propriété **ab initio**. On le traite comme si le titre de propriété s'établissait **ab initio** en faveur du délégué, ou en faveur du délégant à titre successeur (**khilâfa**) de ce dernier par l'effet du contrat (de délégation). Or ce sens n'existe pas ici, car l'esclave (racheté) réintègre l'ancien titre de propriété de celui à qui il a été enlevé en tant que prissonier de guerre. Il faut
1384 donc que * dans le cas présent le délégué soit considéré comme un simple porte-parole (**mu'abbir**) de l'autre et, par conséquent, les droits du contrat ne doivent pas lui appartenir." Nous dirions: Il est exact, comme vous les dites, que pour la personne dont l'esclave a été fait prisonnier, il s'agit d'une réintégration (de l'esclave) en son ancien titre de propriété; mais pour celui qui l'achète pour lui-même à l'ennemi-et pour un délégué (à l'achat à l'ennemi)-c'est comme un achat **ab initio.** Car le délégué s'attribue à lui-même le contrat, étant donné qu'il dit (au vendeur): "Donne-**moi** cet esclave pour le prix que je suis convenu de payer pour l'acheter", ou même s'il dit: "Donne-**moi** en faveur d'un tel..." Il n'est pas le simple porte-parole de l'autre, du moment qu'il n'a pas besoin de lui attribuer le contrat. Certes, s'il attribuait le contrat à l'autre, et disait: "Donne (la marchandise) **à un tel** pour le prix que je suis convenu de payer pour l'acquérir", nous dirions que le devoir de payer le prix incomberait à celui qui aurait commandé (l'achat), et le droit d'obtenir possession de l'esclave (acheté) lui appartiendrait également, étant donné que le délégué se serait ici déclaré comme un porte-parole au sujet de (l'achat de) l'esclave, et il deviendrait donc comme un porte-message, qui n'est responsable de rien. Ceci à l'instar du délégué chargé d'un arrangement (**litt.:** composition) quand il dit: "Arrange-toi avec un tel, pour tel (avantage), au sujet de la maison que voici", alors la somme incombera au délégant, et rien au délégué. Le point est que ce contrat ressemble à deux choses: l° il ressemble à un achat **ab initio,** eu égard au fait qu'on n'a pas besoin de l'attribuer à quelqu'un d'autre et eu égard aussi au fait que celui qui achète à l'ennemi fait évanouir le titre de propriété de celui-ci par la compensation qu'il prend **ab initio.** 2° il ressemble au **khul'** (où une épouse offre à son mari quelque avantage afin qu'il divorce d'avec elle) ainsi qu'au contrat d'arrangement lors d'un meurtre délibéré (où le délégué est obligé d'attribuer le contrat à son patron). C'est pourquoi le contrat en discussion tirera profit des deux ressemblances. Nous disons donc, à cause de sa ressemblance avec l'achat, que, si le (délégué) attribue le contrat à sa propre personne, ce sera à lui qu'il faudra réclamer le paiement de la contrevaleur (**'iwad**), et le droit d'obtenir possession lui sera acquis. Et à cause de sa ressemblance avec le **khul'** (demande de divorce contre promesse d'avantages) et avec l'arrangement lors de l'effusion délibéré du sang, si le délégué attribue le contrat au propriétaire de l'esclave (= délégant) lui-même sera un simple porte-parole et, par conséguent, c'est au délégant qu'il faudra réclamer le paiement du prix, et c'est à lui aussi qu'ira le droit d'obtenir possession: le délégué n'aura rien à y faire.

• 2683. Si le délégué remet le prix et obtient possession de l'esclave pour le remettre à celui qui a commandé (de conclure ce contrat), puis que ce dernier trouve dans l'esclave un défaut qui lui est venu depuis qu'il a été enlevé à son propriétaire

en tant que prisonnier de querre, alors la responsabilité de discuter (avec le vendeur-ennemi) incombe au délégué.

comm. Car, rendre à cause d'un défaut, cela fait partie des droits d'un contrat et, dans les droits du contrat, le délégué * est exactement comme le vrai contractant. 1385
Bref, Chaibânî considère ce (cas) comme un acnat **ab initio** en ce qui concerne le droit de rejeter à cause d'un défaut, droit qui est établi afin qu'il n'y ait pas de dispute entre celui qui a commandé le contrat (= le propriétaire d'origine) et celui à qui on a repris (cet esclave, à savoir l'ennemi), peu importe si le délégué était présent ou absent (quand on a découvert le défaut); toutefois c'est le délégué qui se chargera de discuter, de rendre l'esclave à cause du défaut et de récupérer le prix.

• 2684. Si celui à qui on a repris l'(esclave, à savoir le vendeur-ennemi) affirme que le défaut s'est produit après qu'on lui a repris cet (esclave), alors c'est sa parole accompagnée d'un serment qui prévaudra.

comm. Car les apparences témoignent en sa faveur, étant donné qu'un nouvel évènement est toujours attribué au temps le plus proche, jusqu'à ce qu'on établisse sur preuve le moment exact de l'évènement.

Et une fois que celui qui a commandé (le contrat, c.-à-d. le délégant) a pris possession de cet esclave, le délégué n'a pas la faculté de discuter (avec le vendeur) à propos de ce défaut, si ce n'est par ordre de celui qui a commandé (le contrat).

comm. Car il faudra discuter pour rendre (l'esclave); et pour cela il y aura besoin de faire sortir l'(esclave) de la main possédante de celui qui a commandé (le contrat principal).

• 2685. A supposer que l'esclave soit toujours en la main du délégué qui ne l'a pas remis à l'homme qui a commandé (le contrat), si ensuite le (délégué) doit rendre l'(esclave au vendeur) sans avoir attendu l'ordre de celui qui a commandé (le contrat principal), et si le délégué rend l'(esclave au vendeur), le délégant (**litt.** : celui qui a commandé) n'a plus la faculté de refuser cette (démarche), étant donné que le délégué (pour le rachat du prisonnier) est comme un délégué pour un achat (ordinaire).

comm. Ce statut légal du délégué à l'achat, nous l'avons déjà consigné dans le chapitre **Buyû'** (Ventes) du Commentaire d'**al-Mukhtasar** (cf. **Mabsût,** XIII, 120).

• 2686. Si celui à qui on reprend (l'esclave, c.-à-d. le vendeur-ennemi) affirme que le défaut existait déjà avant que l'esclave ait été fait prisonnier et alors qu'il était chez celui qui a commandé (le rachat), alors c'est la parole du délégué, accompagnée d'un serment, qui prévaudra.

comm. Car celui à qui on reprend (l'esclave) affirme ici une date ancienne, donc on n'admettra pas sa parole sans preuve. Voilà pourquoi c'est la parole de celui qui nie qui prévaudra si elle est accompagnée d'un serment.

• 2687. Donc si le délégué jure le serment, on rendra l'(esclave) à cause du défaut, peu importe que celui qui a commandé (le contrat principal) soit présent ou

ne soit pas présent. Exception faite du cas où celui à qui on a repris (l'esclave, c.-à-d. le vendeur-ennemi) établit sur preuve ce qu'il affirme. Dans ce cas, ce qui s'établit sur preuve est comme ce qui s'établit par accord des deux parties du litige. Et celui à qui on a repris (esclave, c.-à-d. le vendeur-ennemi) est obligé de réintégrer l'(esclave) dans son ancienne propriété, et ce dans l'état même où il l'avait enlevé, chose qui a été établie (ici moyennant la preuve). A supposer que (ce vendeur) n(ait pas de preuve, et qu'on reclame que le délégué jure, mais qu'il refuse de jurer, c'est à celui qui a commandé (le contrat, c.-à-d. le délégant) qu'il incombera l'obligation de (jurer et non au délégué).

comm. Car le délégué est contraint de(refuser de jurer), étant donné qu'il ne lui est pas possible de jurer quelque chose de faux s'il sait que le défaut existait déjà alors que l'esclave était chez celui qui a commandé (le contrat de rachat), mais il en a besoin seulement à cause d'un travail dont il s'est occupé pour quelqu'un d'autre. Cela ressemble au cas du délégué à l'achat, qui rend (la marchandise) au (vendeur) à cause d'un défaut et qui refuse de jurer.(1)

• 2688. Si le délégué avoue que le défaut existait déjà du temps du (propriétaire d'origine) qui commande (le rachat), mais qui ce dernier le nie, alors il est loisible à ce dernier, s'il le veut, d'obliger le délégué (à jurer).

comm. Car le délégué n'était point obligé de faire cet aveu, étant conné qu'il pouvait se taire jusqu'à ce qu'on lui demande de jurer et qu'on décide sur la base de son refus (de jurer). Cela ressemble au cas où le délégué à l'achat rendrait (la marchandise) au (vendeur) parce qu'un défaut semblable se serait produit avouerait. (2)

• 2689. Si le délégué établit le preuve que le défaut existait déjà du temps (du propriétaire d'origine) qui commande (le rachat à l'ennemi), l'esclave collera à celui qui commande (le rachat, c.-à-d. que celui-ci devra l'accepter tel qu'il est).

comm. Car ce qui s'établit par la preuve est comme ce qui s'établit par l'aveu de celui qui commande (le rachat de l'esclave à l'ennemi). Dans ce cas, en effet, le délégué est partie du litige, et obligé d'établir ce point, car il a besoin de s'acquitter lui-même de sa responsabilité.

1386 • 2690. * Si un délégué (au rachat de l'esclave) acquitte celui à qui on reprend (l'esclave, c.-à-d. le vendeur-ennemi) du défaut qui se serait produit chez lui, cet acquittement est valide en sa faveur.

comm. Car le délégué est, à propos de ce défaut, comme, quelqu'un qui conclut le contrat pour lui-même (=comme principal et non comme délégué). Donc s'il acquittait au nom du (délégant), ce serait pareil.

Toutefois celui qui commande (le rachat) aura le choix: s'il veut, il consentira

---

(1) Ainsi اليمين dans le MS de Paris, la 1re éd. portant: الثمن
(2) Sens incertain.

à l'acquittement [1] prononcé par le délégué et prendra l'esclave; et s'il le veut, il le collera au délégué.

Car si le délégué acquitte, cet acquittement vaut pour celui avec qui il a fait l'affaire, mais non vis-à-vis du délégant. Ici il ressemble au délégué qui, dans un achat, consent au défaut (qu'il trouve dans la marchandise) une fois que l'achat est fait, et alors que le délégant refuse de l'accepter. Il en est ainsi parce que (le délégant) qui commande (et nomme un délégué pour racheter l'esclave à l'ennemi) a le droit de rendre (la marchandise) au délégué, tandis que le délégué a le droit de rendre (la marchandise) à celui qui l'a achetée au vendeur-ennemi. En effet le consentement du délégué est effectif pour faire tomber son propre droit, et non pas pour faire tomber le droit de celui qui (lui) commande (le rachat).

Si l'on disait: "Comment un délégué peut-il devenir propriétaire de la (marchandise, ici, l'esclave racheté) contre paiement du prix, alors que l'effet voulu (=le but) de ce contrat est que l'(esclave soit réintégré dans l'ancien titre de propriété de celui à qui il a été enlevé comme prisonnier de guerre, et non que le titre de propriété s'établisse sur lui **ab initio** en faveur de quelqu'un d'autre?" Nous dirions: Tous les effets qu'on attendait de ce contrat sont accomplis, étant donné que l' (esclave) a été réintégré dans la propriété de son maître d'origine. Toutefois, comme le (délégant) qui commande (le rachat) refuse de consentir au défaut (qui est dans l'esclave) tandis que le délégué y consent, cela fait comme si celui qui a commandé donnait au délégué la propriété contre le prix que celui-ci payera pour dédommager. Donc le titre de propriété s'établit en faveur de celui qui a commandé (le rachat). Il en sera de même en ce qui concerne le délégué à un achat ordinaire, car le délégué obtient le titre de propriété de la part de celui qui a commandé (l'achat) et non de la part du vendeur.

•2691. Si celui qui a commandé (le rachat de l'esclave) prend possession de l'esclave puis disparaît, et si par la suite le délégué amène l'esclave pour le rendre (au vendeur-ennemi) à cause d'un défaut et que celui à qui on l'a pris (=le vendeur-ennemi) dise: "Celui qui avait commandé (le rachat) ne t'a pas donné ordre de rendre l'(esclave) à cause du défaut", mais que le délégué dise: "Mais si, il m'en a donné l'ordre", alors c'est la parole de celui à qui on a repris (l'esclave, c.-à-d. le vendeur-ennemi) qui prévaudra.

comm. * Car cet ordre de rendre (l'esclave à cause du défaut) est un incident 1387
('ârid) qu'affirme le délégué, tandis que la partie adverse (=le vendeur) le nie en se basant sur ce qui existait à l'origine. Donc c'est la parole de celui qui nie qui prévaudra, pourvu que cette parole soit accompagnée d'un serment sur la base de ce qu'il sait, ét ant donné qu'on demande ici de jurer au sujet de l'acte de quelqu'un d'autre.

•2692. Et si celui à qui on a repris (l'esclave, c.-à-d. le vendeur) dit: "Je veux

(1) Nous lisons رضى بابراء الوكيل au lieu de l'incompréhensible رضى به الوكيل de la lre éd.

que le délégué jure que celui qui a commandé (le rachat) lui a donné l'ordre de rendre (l'esclave), alors le délégué n'a pas à prêter serment.

comm. Car le (délégué) affirme quelque chose dont il lui incombe de produire la preuve, tandis que le serment est imposé à celui qui nie un fait, et il n'est donc pas permis de le transférer de la partie à laquelle il est imposé (juridiquement).

• 2693. S'il s'établit que (le délégué) a l'ordre (=l'autorisation) de rendre l'esclave s'il y a un défaut) et que la personne à qui on reprend (l'esclave, c.-à-d. le vendeur) dise: "Celui qui a commandé (le rachat) a consenti au défaut", et si le délégué l'infirme, alors c'est la parole du délégué gui prévaudra.

comm. Car celui à qui on reprend (l'esclave) affirme ici quelque chose qui est survenu comme incident (**'ârid**), à savoir que celui qui a commandé (le rachat) a consenti au défaut.

• 2694. Si au contraire il affirme que c'est le délégué qui a consenti (au défaut), on admettra bien la parole de ce délégué s'il nie le fait; il en sera donc de même s'il affirme que c'est celui qui a commandé (le rachat) qui a consenti. Le délégué n'a pas à prêter serment dans ce cas.

comm. Car le consentement est attribué ici à quelqu'un d'autre (que le délégué), à savoir à celui qui a commandé (le rachat).

• 2695. Si on demandait au délégué de jurer, ce serait à titre de représentation (procuration). Or, au sujet du serment il n'y a pas de représentation (procuration), étant donné que même celui qui a commandé (le rachat) n'aurait pas juré dans ce litige s'il avait été présent.

comm. Car, pour jurer, il n'a fait aucune affaire avec la personne à qui on a repris (l'esclave). Si on ne demande pas de jurer à celui qu'on prétend avoir donné son consentement, comment pourrait-on demander à quelqu'un d'autre de jurer?

1388 • 2696. * Si le (vendeur-ennemi) affirme que le délégué a donné son consentement, et veut que le (délégué) jure (que ce n'est pas vrai), il en a la faculté.

comm. Car il affirme contre le (délégué) une chose telle que si ce dernier l'avouait, elle collerait à lui. Or nous avons déjà mentionné que dans le litige en question, le (délégué) est comme quelqu'un qui passerait contrat pour son propre compte.

• 2697. Après que le (vendeur) a affirmé cela, si le (délégué) nie avoir donné son consentement, on lui demandera de jurer; s'il refuse (de jurer), l'esclave collera à lui, mais celui qui a commandé (le rachat) aura quand même le choix.

comm. Car par son refus, le (délégué) consent au défaut, et cela ou bien par voie de substitut (**badal**) ou bien par voie d'aveu, c.-à-d. respectivement: dans le cas où la personne à qui on reprend (l'esclave) produirait la preuve que celui qui a commandé (le rachat) a donné son consentement et qu'en l'absence de celui-ci, sa preuve soit admise -étant donné que ce qui s'établit par la preuve est comme ce qui s'établit par vue d'oeil, ou par accord unanime des deux parties en litige. Donc si

celui qui a commandé (le rachat) arrive par la suite et nie avoir donné son consentement, on ne fera pas attention à cela. Car la partie en litige (vis-à-vis du vendeur) c'était le délégué; et une fois qu'on a prouvé que le (délégué) a donné son consentement à l'autre partie, on ne fera pas attention si le (principal délégant) le nie.

• 2698. Si le délégué a su l'existence du défaut au moment où il prenait l' (esclave au vendeur), cela collera à celui qui a commandé (le rachat), et il sera égal que le défaut soit destructif pour l'esclave -comme la cécité-ou qu'il ne le soit pas.

comm. Cela selon l'avis d'Abû-Hanîfa. Mais selon l'avis d'Abû Yûsuf et Chaibânî, la réponse n'est celle-ci que dans le cas où le défaut n'est pas destructif; au contraire si le défaut est destructif pour l'esclave, cela ne collera pas à celui qui a commandé (le rachat); sauf s'il le veut. Cela à l'instar du cas du délégué à un achat ordinaire, quand celui-ci achète un aveugle au prix convenable. La divergence d'opinions (des maîtres juristes) est bien connue (1) (à ce propos). Abû Hanîfa toutefois met la condition, dans ce cas-là, que le délégué doit avoir acheté au prix convenable (selon la défectuosité), car si le délégué prend, dans cet achat, une disposition où il se soit trompé grossierement (où aucun homme normal ne se serait trompé), alors cela ne collera pas à celui qui a commandé (l'achat). Ici le prix a été nommé, et il s'agit du prix qu'a versé celui qui a acheté (cet esclave) à l'ennemi; donc si le (délégué) l'a reçu pour ce prix, cela collera à celui qui a commandé (le rachat) dans tous les cas (à savoir: que le défaut dans l'esclave soit destructif ou non). Mais les deux Disciples (Abû Yûsuf et Chaibânî) disent que, dans le premier cas, le contrat s'exécutera contre le délégué s'il est impossible de l'exécuter contre celui qui a commandé (le rachat), tandis qu'ici le contrat ne sera point exécuté contre le délégué, étant donné que s'il reprend l'(esclave) contre le gré de celui qui l'a acheté au vendeur-ennemi, c'est sur la base de l'ancienneté du titre de propriété. Or l'ancienneté du titre de propriété appartient à celui qui a commandé (le rachat) et non au délégué. Donc si l'exécution du (rachat) devient impossible contre celui qui l'a commandé, le (contrat) devient nul et non avenu, au contraire du cas précédent, à
savoir que, * si le (délégué) connaît le défaut puis que celui qui a commandé (le 1389
rachat) y consente, alors la (marchandise) sera réintégré dans l'ancien titre de propriété de ce dernier, (2) remplissant ainsi ce qu'il fallait à ce contrat. En outre en

---

(1) En Effet selon Abû Hanîfa, ce qui est inconditionnel doit le rester, mais selon ses deux Disciples, il faut faire attention aux usages. Ainsi si on est délégué pour acheter une esclave, sans autre condition, l'achat d'une aveugle, d'une aux deux mains ou aux deux jambes coupées, d'une esclave louche etc. sera toujours valide, et liera le délégant, selon Abû Hanîfa, à cette condition que le prix payé convienne à cette défectuosité. Mais selon ses deux Disciples, l'usage interdit l'achat de l'aveugle, de l'esclave sans mains ou sans jambes, mais autorise l'achat d'une esclave louche ou de celle qui a une seule main ou une seule jambe coupée. Ils arguent que, si quelqu'un doit émanciper un esclave à titre d'expiation, et s'il émancipe un louche, il est quitte de l'obligation d'émanciper un esclave; mais il ne l'est pas s'il émancipe un esclave aveugle par exemple. (cf. Mabsût, XIX, 39)

(2) Dans sa traduction turque, Munîb 'Aintâbî suggére la suppression du mot "âmir" (celui qui a commandé le rachat) et veut traduire le passage: si le (délégué) connaît le défaut puis qu'il y consente alors la (marchandise) sera dans l'ancien titre de propriété du (délégant)

ce qui concerne celui qui a commandé (le rachat), son délégué n'a pas [1] la faculté de le lier (**litt.**: colller), à cause que le (délégant) ne consent pas à ce défaut; par conséquent, ce sera comme si le (délégant) donnait **ab initio** (cet esclave) en propriété au (délégué) contre une compensation (**'iwad**).

• 2699. Si quelqu'un dit à celui qui a acheté (ce prisonnier-esclave) à l'ennemi: "Le propriétaire d'origine de cet (l'esclave) m'a délégué la mission de te le reprendre contre le prix", et si l'autre le lui livre -que ce soit par décision du tribunal ou sans cette décision-puis que ce propriétaire d'origine se présente et qu'il nie le fait, alors c'est sa parole accompagnée d'un serment, qui prévaudra.

comm. Car ici celui qui aurait commandé (le rachat) est défendeur et il nie; donc c'est sa parole qui prévaudra à cause du fait qu'il nie. Au contraire s'il avoue, alors ce qu'a pris son délégué coller à lui. Donc si le (propriétaire d'origine) nie, on lui demandera de jurer.

• 2700. Donc s'il jure, l'esclave reviendra à celui qui l'a acheté (à l'ennemi), et le délégué n'aura pas la faculté de dire: "Je le prends à mon compte".

comm. Car il n'a pas pris l'(esclave) à titre de propriété **ab initio**; il ne l'a pris que pour le faire réintégrer dans le titre ancien du propriétaire d'origine moyennant la rançon. Donc si cela devient impossible, la livraison qu'il a prise devient nulle et non avenue. Au contraire du cas où quelqu'un prétend être le délégué de l'ayant-droit pour reprendre (un bien immeuble à l'acheteur) sur la base du **Jus retractum (chuf'a)**[2] : si le délégué obtient la (possession de l'immeuble) puis que l'ayant-droit nie (l'avoir délégué), alors la chose obtenue appartiendra au délégué moyennant le prix (convenu par l'acheteur étranger auquel ce délégué a repris l'immeuble). Car le (délégué) a obtenu cette possession à titre de propriété **ab initio** et moyennant une contrepartie, étant donné que dans le cas du **jus retractum**, c'est le titre d'une propriété **ab initio** qui a lieu et non la réintegration dans son ancien (ikra). Donc si l'exécution n'en peut être faite contre le délégant, à cause de sa négation, on l'exécutera contre le délégué.

• 2701. Si le (délégué) qui obtient possession (de l'esclave) établit la preuve que la personne dont l'esclave avait été fait prisonnier lui a délégué la mission de le reprendre, alors ce qui s'établit sur preuve, concernant celui qui a commandé (le rachat) sera comme si la partie en litige avait avoué le fait. Donc cet (esclave) appartiendra celui qui a commandé (le rachat).

comm. Et la responsabilité sera ici comme dans le cas mentionné précédemment (III, 167).

---

(1) Le texte porte: "... a la facite". La correction proposée par nous est hypothétique. Sans cette correction le sens est obscur, au point que dans son commentaire (**Taisîr al-masîr**), le savant Munîb 'Aintâbî dit: "Je préfére avouer ici le défaut de mon intelligence plutot que d'imputer quoi que ce soit au grand Sarakhsî, car les MSS même les meilleurs et les plus corrects portent le même texte.

(2) Espèce de préemption, où le voisin d'un immeuble a le droit de reprendre d'un acheteur étranger l'immeuble que ce dernier a déjà acheté. On le lui "enlève", et non pas seulement on arrête son achat.

• 2702. Si un étranger (et non le propriétaire d'origine) délègue à quelqu'un la mission d'acheter un esclave-prisonnier à la personne qui l'a acheté auprès de l'ennemi, et si le (délégué) l'achète pour un prix déterminé, puis que le propriétaire d'origine se présente, alors celui-ci n'a pas la faculté de casser cette deuxième vente, mais seulement de reprendre l'(esclave) pour le deuxième prix ou d'y renoncer.

comm. Car. la Loi (Char') établit en sa faveur le droit à la reprise contre une rançon (du postliminium ainsi vendu) sans pour autant casser une disposition déjà prise, comme nous l'avons mentionné.

• 2703. En outre, si le (propriétaire d'origine) trouve cet (esclave) en la main du délégué à l'achat, il a néanmoins la faculté de le reprendre contre paiement du prix (payé par le délégué), même si le délégant est absent.

comm. Car tant que le délégué garde l'esclave en sa main, il a le même statut que celui qui achète quelque chose pour son propre compte, puis il acquiert le statut du vendeur à son délégant. C'est pourquoi il a le droit de retenir l'(esclave) pour que' on lui en (rembourse) le prix, s'il l'a payé de ses propres biens (=de sa poche); il a aussi le droit de rendre cet (esclave au vendeur), s'il y trouve quelque défaut, sans demander (préalablement) l'avis de son délégant.

• 2704. * Mais si le délégué a déjà remis l'(esclave) à son délégant, alors le 1390
propriétaire d'origine ne peut rien faire contre le (délégué), mais il pourra poursuivre le délégant, pour lui reprendre l'esclave et lui en remettre le prix.

comm. Car le droit du délégué, d'avoir la main possédante (sur la marchandise), a pris fin quand il a livré cette (marchandise) à celui qui avait commandé (l'achat). Donc après cela, le délégué n'a plus la faculté, sans le consentement de celui qui a commandé (l'achat), de rendre, à cause d'un défaut, l' (esclave acheté); non plus que de le retenir pour se faire (rembourser) du prix.

Mais le (propriétaire d'origine) peut seulement devenir partie du litige contre celui qui a (maintenant) la main possédante.

Car le (propriétaire d'origine) ne voulait entrer en litige avec le (délégué) que pour reprendre l'(esclave). Or il ne peut (le) reprendre que de celui qui l'a en sa main possédante.

• 2705. Si le (propriétaire d'origine) se présente après que ce délégué a acheté l'(esclave) à la presonne qui l'avait acheté à l'ennemi, mais avant que le délégué en ait obtenu possession, alors le (proprietaire d'origine) n'a pas la faculté de casser délibérément l'achat fait par ce délégué, mais il a la faculté, s'il le désire, de reprendre l'(esclave) à la personne qui l'a acheté à l'ennemi, et cela pour le prix que le délégué a consenti à l'acheter.

comm. Car le (propriétaire d'origine) trouve l'(esclave) en la main de cet (acheteur auprès de l'ennemi), donc il a la faculté de le lui reprendre et cela à l'instar de l'ayant-droit qui reprend (un immeuble) au vendeur, au titre du jus retractum (chuf'a), moyennant le prix et avant que le (vendeur) en ait donné livraison à

l'acheteur (étranger). Toutefois dans ce cas-là (du jus retractum), la présence de l'acheteur (étranger) est une condition nécessaire, étant donné que l'(ayant-droit) devient propriétaire **ab initio** par la prise (de possession) et malgré le fait que l' (immeuble) est la propriété de cet acheteur (étranger). Ici au contraire (dans le cas du rachat du prisonnier), le propriétaire d'origine n'en obtient pas le titre d'une propriété **ab initio**, mais il réintègre l'(esclave) dans son ancienne propriété; la présence d'une personne qui ne tient pas (l'esclave) en sa main possédante (c.-à-d. du délégué à l'achat) n'est donc pas une condition nécessaire pour que le (propriétaire d'origine) obtienne la prise (de possession) de cet (esclave). Et quand le (propriétaire) l'obtient de celui qui l'a en sa main), la responsabilité de l'affaire pése sur ce dernier, car la prise par le proprietaire d'origine) fait que s'évanouit la possession due par suite du contrat (de vente) qui existait entre lui et le délégué (de l'acheteur étranger). Le résultat est que le contrat qui existait entre eux deux est cassé **de jure** et dans son fondement même, à cause de cette reprise par le (propriétaire d'origine), le cas devenant tel que si le (propriétaire d'origine) avait repris l'(esclave) dès avant l'achat par le délégué (de l'étranger). C'est aussi la règle au sujet de la reprise par le **jus retractum** quand l'ayant-droit reprend l'(immeuble) de la main du vendeur. Au contraire, si le délégué a obtenu la prise de l'(immeuble) puis que l'(ayant-droit du **jus retractum**) le lui reprenne, alors la responsabilité grève le (délégué). De même s'il a livré l'(immeuble) au délégant, puis que l'(ayant-droit du **jus retractum**) le lui reprenne, la responsabilité grève ce dernier.

1391 • 2706. * Si le (propriétaire d'origine) trouve dans l'(esclave) quelque défaut qui s'est produit après qu'on le lui a fait prissonnier puis qu'il le rende par décision du tribunal, il faut distinguer: s'il le rend soit au délégant (étranger) soit au délégué, l'(esclave) ira toujours au délégant.

comm. Car en le rendant il annule la possession qu'il avait obtenue et le statut redevient comme il l'était avant la possession;

• 2707. Mais s'il a repris l'(esclave) à la personne qui l'avait acheté auprès de l'ennemi, alors du fait qu'il le rend, cet esclave reviendra à cette personne, et ni le délégant ni le délégué n'auront la faculté de le reprendre.

comm. Cela pour la raison que nous avons évoquée, à savoir que le contrat qui été conclu entre les deux parties a été rompu quand s'est évanouie la possession due par suite de ce (contrat). Donc on ne pourra pas avoir de nouveau cette (possession) à moins de renouveler (le contrat). Le cas du jus retractum (**chuf'a**) est pareil.

• 2708. A supposer qu'il l'ait rendu au délégué sans aucune décision du tribunal, l'(esclave) appartiendra au délégué.

comm. Car pour le délégant ce sera comme un achat **ab initio**. C'est pourquoi il ne sera pas lié par l'effet (de la restitution de l'esclave).

• 2709. Si le propriétaire d'origine a nommé un délégué pour reprendre l' (esclave) contre paiement du prix à celui qui l'a acheté auprès de l'ennemi, et que le

délégué le fasse, puis que l'esclave meure en sa main avant qu'il l'ait livré au délégant, alors la mort (=la perte) sera sur le compte du délégant.

comm. Car le délégué obtient possession au nom du (délégant), et sa main possédante est comme celle du (délégant) tant que le (délégué) n'empêche pas celui-ci pour reprendre l'(esclave, par exemple pour récupérer le prix que lui, délégué, a avancé).

Mais s'il meurt en la main de celui qui l'a acheté auprès de l'ennemi, et avant que le délégué en ait obtenu possession, alors l'effet de cette reprise s'évanouit, et le délégué a le droit de réclamer le remboursement du prix (qu'il a payé) à celui qui avait acheté (l'esclave) auprès de l'ennemi. Puis il remettra ce (prix) à celui qui lui a commandé (le rachat) si c'est ce dernier qui le lui a avancé, et il le gardera pour lui-même s'il l'a versé de ses propres biens . Et si le prix est perdu pour celui qui l'a avancé (c.-à-d. pour le délégué, pour la raison expliquée plus bas), il n'aura aucun droit de le réclamer au délégant.

Car lorsqu'il avance le prix sur ses propres biens, il agit dans son propre intérêt, étant donné que son propre intérêt est de faire cesser les réclamations (du vendeur); et en effet, ces réclamations au sujet du paiement du prix s'adressent au (délégué) et non à celui qui lui a commandé (le rachat).

• 2710. Et pour cette même raison le (délégué) a le droit, vis-à-vis de celui qui lui a commandé (le rachat), de retenir l'(esclave), s'il en a obtenu possession, jusgu'à obtenir remboursement du prix pour lui-même. Donc si l'(esclave) meurt alors que le délégué le retient, il meurt en tant que propriété du délégué, et ainsi s'annule l'obligation pour le délégant d'en payer le prix.

comm. Car dès que le délégué empêche le (délégant) de reprendre l'esclave, c'est comme si le (délégant) le lui avait donné contre le prix en question. Nous avons déjà appris cette règle à propos du délégué pour un achat ordinaire. Ici c'est selon la même analogie.

• 2711. A supposer que l'(esclave) devienne défectueux en la main du délégué alors que ce dernier empêche le (délégant de le reprendre), alors le propriétaire d'origine a le choix: S'il le veut, il le prendra contre paiement de la totalité du prix, et s'il le veut, il le collera au délégué moyennant le prix [1] (que ce dernier a avancé).

comm. Car dès lors que le délégué l'en empêche, il prend la place de celui qui
a acheté cet (esclave) auprès de l'ennemi. Ainsi il devient égal que l'esclave
devienne défectueux du fait du délégué ou sans que ce soit son fait, de même que
c'est égal aussi * pour celui qui a acheté (cet esclave) auprès de l'ennemi. Mais c'est 1392
le contraire, à ce propos, dans le cas du délégué pour un achat ordinaire, car si ce
délégué rend la (marchandise) défectueuse après qu'il a empêché le (délégant de la
reprendre), une partie du prix tombe, pour le délégant, à proportion du défaut, étant

(1) Ainsi الثمن dans la 1re éd. le MS de Paris portant: اليمين c.-à-d. il collera le serment au délégué.

donné que dans ce cas le délégué remplace le vendeur. La raison de cette différence de statuts est la suivante: Ici, le délégant reprend l'(esclave) contre paiement d'une rançon pour le faire réintégrer dans son ancien titre de propriété, donc la rançon est la contrepartie du principal (=l'esclave) et non celle d'un certain attribut (de cette marchandise). Donc il est égal que cet attribut s'évanouisse du fait d'un agent ou sans le fait de personne, et, pour le (délégant) rien de la rançon ne tombera (=ne diminuera). Mais c'est le contraire dans le cas d'un achat **ab initio**, car là l'attribut (=la qualité de la marchandise) joue un rôle dans le prix d'achat, si cet attribut est le but de l'acquisition.

• 2712. Si le délégué rescinde (**aqâla**) sur sa propre initiation le contrat avec celui qui a acheté (l'esclave auprès de l'ennemi) propre initiative, ceci ne sera pas valable contre le délégant.

comm. Car dès que le (délégué) a repris l'(esclave), celui-ci réintègre l'ancien titre de propriété du délégant; donc le délégué n'a pas la faculté de le faire sortir de ce titre par un contrat que, lui, (délégué) prend l'initiative d'instituer sans le consentement du (délégant-propriétaire). Or la rescision est, pour lui comme une vente **ab initio**.

• 2713. Si la personne qui a acheté (l'esclave) auprès de l'ennemi délégue quelqu'un pour remettre l'(esclave) au propriétaire d'origine, contre paiement du prix, ceci est valide, et le délégué sera responsable de l'esclave jusqu'à ce qu'il le lui ait remis, et c'est lui qui prendra le prix de la part du propriétaire d'origine au même titre qu'un délégué à une vente ordinaire.

comm. Cette réponse, dans le cas présent, est plus évidente encore car, comme nous l'avons mentionné, celui qui achète (l'esclave) auprès de l'ennemi, fait évanouir son titre de propriété (en faveur du propriétaire d'origine) contre une compensation. Cette disposition de sa part est donc comme une vente **ab initio** même si elle constitue, pour le propriétaire d'origine, la récupération, moyennant une rançon, de sa propriété d'origine.

• 2714. Si celui qui a acheté (cet esclave) auprès de l'ennemi, le vend à quelqu'un contre une jeune esclave, mais qu'avant l'obtention mutuelle de possession arrive le propriétaire d'origine, alors celui-ci a la faculté de reprendre l'(esclave) à celui qui le possède en sa main contre la valeur de la jeune esclave en question.

comm. Car le (propriétaire d'origine) n'a pas la faculté de casser la disposition prise. Seulement il doit reprendre (l'esclave) contrat le deuxième prix (la valeur de la jeune esclave , et non contre le prix payé à l'ennemi). Une jeune esclave n'a pas d'équivalent exact (comme en a, par exemple, une monnaie). Il faut donc l'obtenir contre paiement de sa valeur, comme c'est aussi le cas lors du **jus retractum** au sujet d'un immeuble. Il faut noter en outre que la vente entra le vendeur (de l'esclave) et le deuxième acheteur sera rompue, car la possession (de l'esclave) qu'il fallait donner, selon le contrat, n'existe plus. Le résultat est que la jeune esclave restera en le titre de propriété du deuxième acheteur, mais on devra verser sa valeur à celui qui a acheté (l'esclave) auprès de l'ennemi. Puis la responsabilité du

propriétaire d'origine (de cet lesclave, pour le paiement restera vis-à-vis de celui qui l'a acheté auprès de l'ennemi.

Mais si le (propriétaire d'origine) se présente après que la possession mutuelle (du troc) a eu lieu-ou même après l'obtention de la possession de l'esclave mais avant que la jeune esclave ait été livrée (comme contrepartie)-le (propriétaire d'origine) reprendra cet esclave contre paiement de la valeur de la (jeune esclave), et la responsabilité (du paiement etc.) aussi pèsera sur lui, tandis que la jeune esclave * 1393
sera acquise à celui qui a acheté (l'esclave) auprès de l'ennemi.

comm. Car la vente, qui s'est achevée par la possession de l'esclave subsiste entre ces deux parties.

• 2715. Si celui qui a acheté auprès de l'ennemi (l'esclave-prisonnier, et qui a acheté maintenant la jeune esclave) trouve quelque défaut dans la jeune esclave, il a la faculté de la rendre au deuxième acheteur et de lui reprendre la valeur de la jeune esclave qu'il a reçu de lui, et il n'a droit à rien d'autre (étant donné que lacontrepartie originelle, c.-à-d. l'esclave-prisonnier ne reste plus en sa propriété).

comm. Car celui qui a acheté (l'esclave) auprès de l'ennemi a le droit, maintenant, à la valeur de la jeune esclave.

Ne vois-tu pas ceci? Si le propriétaire d'origine (de l'esclave-prisonnier) le lui reprend, il le reprendra en payant la valeur de la jeune esclave; et même si l'(acheteur-étranger) rend la jeune esclave à cause d'un défaut, avant qu'il reprenne l'esclave au deuxième acheteur (qui lui a offert la jeune esclave), puis qu'il demande que celui-ci lui rende l'esclave, et si par la suite le propriétaire d'origine se présente, celui-ci aura la faculté de reprendre son (esclave) contre paiement de la valeur de cette jeune esclave, étant donné que la rupture mutuelle de la vente par le vendeur et l'acheteur de la jeune esclave ne fait pas tomber le droit qu'a le propriétaire d'origine (de l'esclave-prisonnier) de le reprendre en payant la valeur de la jeune esclave, pourvu qu'elle ait été rendue à cause d'un défaut mais sans aucune décision du tribunal. Nous apprenons ainsi que le droit de ce-(lui qui a acheté l'esclave auprès de l'ennemi) ne porte que sur la valeur de la jeune esclave (contre laquelle il a consenti de vendre l'esclave-prisonnier); et puisque l'acheteur a la capacité de lui verser la valeur de la jeune esclave, rien d'autre ne lui incombera.

Il y a une chose semblable dans le cas du **jus retractum (chuf'a)**. Nous avons déjà mentionné à ce propos un cas où la contrepartie d'un immeuble comportait une jeune esclave, avant que l'ayant-droit du **jus retractum** ait repris l'immeuble. Dans ce cas-là, dès que l'(ayant-droit) aura pris l'(immeuble) la contrepartie (de l'immeuble) sera transféré[1] en sera donc de même ici (dans le cas de l'esclave-prisonnier).

• 2716. A supposer qu'il ait rendu la jeune esclave (à cause d'un défaut) sur décision du tribunal et avant que le propriétaire d'origine (de l'esclave-prisonnier) ait

(1) Ainsi فيأخذه بتحول dans le MS de Paris, la lre ed portant: فيأخذه بتحويل

repris son esclave; si le (vendeur de l'esclave contre la jeune esclave) demande restitution de cet esclave, puis que le propriétaire d'origine (de l'esclave) se présente, celui-ci le reprendra à la personne qui l'a acheté auprès de l'ennemi, contre paiement du premier prix (le prix payé à l'ennemi, et non la valeur de la jeune esclave).

comm. Car cette deuxième vente (contre une jeune esclave) une fois qu'elle est rompue par la décision du tribunal, devient comme si elle n'avait jamais existé. Mais c'est le contraire dans le cas du **jus retractum,** car dans ce cas-là si nous déclarions que la vente passée entre le vendeur et l'acheteur est comme si elle n'avait jamais existé, nous annulerions le droit de l'ayant-droit du **jus retractum,** et cela malgré le fait qu'on a établi son droit de reprendre (l'immeuble): Ici, au contraire, (dans le cas du postliminium), le droit du propriétaire d'origine ne s'annule pas. Car si nous déclarons que la deuxième vente est devenue comme si elle n'avait jamais existé, et si c'est le deuxième acheteur qui a trouvé un défaut dans l'esclave, il pourra le rendre, selon ce que nous avons détaillé.

• 2717. Si tous deux rescindent (la vente, c.-à-d. celui qui a acheté l'esclave auprès de l'ennemi et celui à qui il a vendu cet esclave), le propriétaire d'origine a le droit de reprendre son esclave contre paiement de la valeur de la jeune esclave (prix de la vente rescindée), s'il le désire.

comm. Car la rescision, pour lui, est comme une vente **ab initio.** Or nous avons déjà mentionné que le droit de reprise lui est acquis sans qu'on ait besoin de casser une disposition déjà prise, étant donné qu'il reprend l'(esclave) contre paiement du dernier prix (et non contre le prix payé à l'ennemi).

• 2718. Si le deuxième acheteur a obtenu possession de cet esclave avant de l'avoir vu-ou s'il s'est réservé le droit de cohisir (et de rendre la marchandise à son gré)-puis que le propriétaire d'origine se présente, celui-ci a le droit de lui reprendre cet (esclave) contre paiement de la valeur de la jeune esclave (prix que l'autre a payé au vendeur de cet esclave).

comm. Car c'est en sa main que le propriétaire d'origine rencontre son esclave.
1394 Et s'il * reprend son esclave, alors le deuxième acheteur (de l'esclave en postliminium) a le choix: S'il le veut, il remettra la jeune esclave à celui qui a acheté 'l'esclave) auprès de l'ennemi pour avoir le droit de garder la valeur qu'il a obtenue du propriétaire d'origine; et s'il le veut, il lui remettra la valeur et lui reprendra la jeune esclave. Ce sera ainsi dans le cas où l'acheteur étranger s'est réservé le droit de rendre la marchandise à son gré. Au contraire, si la condition pour rendre la marchandise est motivée par le fait qu'il n'a pas encore vu la marchandise, alors le jeune esclave sera livrée à celui qui a acheté auprès de l'ennemi (l'esclave) tandis que la valeur de cette jeune esclave appartiendra au deuxième acheteur (de l'esclave du postliminium).

comm. (La raison de cette différence dans les deux cas est que,) dans le droit qu'il a de rendre la marchandise après l'avoir vue, (si elle ne lui convient pas), il obtient le titre de propriété et consent au contrat, sauf qu'il a la faculté de rendre la

marchandise parce qu'il en ignore la qualité; puis quand le propriétaire d'origine lui reprend cette marchandise (ici, l'esclave en postliminium), ce droit de rendre la marchandise tombe. Au contraire si le droit de choix est conditionnel, cela empèche que la jeune esclave sorte de son titre de propriété, étant donné que le droit de ce choix est comme le droit que se réserverait le vendeur lui-même (de rescinder la vente). Ce choix annule donc son consentement de donner la jeune esclave en bonne propriété à quelqu'un d'autre. Voilà pourquoi, lorsqu'on aura pris l'esclave de la main du (deuxième acheteur), celui-ci continuera à avoir le choix, de sorte que s'il le désire, il peut exécuter le contrat (vis-à-vis du preimer acheteur de l'esclave-prisonnier, celui qui l'a acheté auprès de l'ennemi) au sujet de la jeune esclave et la lui remettre (comme contrepartie de l'esclave-prisonnier); et s'il le désire il peut annuler ce contrat au sujet de la jeune esclave et remettre la valeur de cette jeune esclave. La raison en est celle que nous avons évoquée, à savoir que, si le propriétaire d'origine reprend l'esclave (du postliminium), le droit de celui qui l'avait acheté auprès de l'ennemi se détermine (malgré la condition de choix) de telle sorte qu'il obtient la valeur de la jeune esclave.

• 2719. S'il ne choisit rien et que le délai du choix expire, alors là jeune esclave appartiendra à celui qui a acheté (l'esclave-prisonnier) auprès de l'ennemi.

comm. Car si le délai du choix expire, la faculté de choisir tombe, et la vente s'établit à propos de la (jeune esclave). Il lui faut donc la livrer, cependant que le deuxième acheteur aura droit de recevoir la valeur de la jeune esclave (de la part du maître de l'origine et celui-ci reprend l'esclave).

• 2720. Si les deux hommes ont fait le troc (de l'esclave-prisonnier contre la jeune esclave) mais qu'il n'en aient pas encore obtenu possession, puis que le deuxième acheteur (de l'esclave-prisonnier) rende cet esclave en vertu du "choix de voir", ou du "choix de condition", ou du "choix à cause du défaut", et si ensuite le propriétaire d'origine se présente, alors celui-ci a la faculté de reprendre l'(esclave) à celui qui l'a acheté auprès de l'ennemi, et cela, contre paiement du prix que ce dernier a versé à l'ennemi pour l'achat de cet (esclave).

comm. Car si l'on rend (une marchandise) pour ces causes -là, la deuxième vente est cassée fondamentalement, et elle devient comme si elle n'avait jamais existé.

• 2721. * Mais si le deuxième acheteur n'a pas rompu la vente, au moment où 1395
se présente le propriétaire d'origine, et que celui-ci reprenne l'esclave à celui qui l'a acheté auprès de l'ennemi et en payant la valeur de la jeune esclave (du troc dans la deuxième vente), cette valeur appartiendra néanmoins à celui qui a acheté (l'esclave-prisonnier) auprès de l'ennemi, et il lui faudra rendre la jeune esclave au deuxième acheteur si elle est en sa possession.

comm. La raison en est celle que nous avons évoquée, à savoir que le deuxième contrat a été cassé, du fait qu'on n'a pas donné, comme on le devait, possession de cet (esclave), et peu importe si (dans ce deuxième contrat) il y avait un cohix ou non. Si le tribunal décide en faveur du propriétaire d'origine et que

celui-ci acquière cet esclave contre la valeur de la jeune esclave (du troc pour cet esclave) et si le propriétaire d'origine y trouve un défaut-que ce soit après en avoir obtenu possession ou avant-et s'il le rend, alors le deuxième acheteur n'a aucunement faculté d'acquérir cet esclave. Car dès que le tribunal décide que le propriétaire d'origine aura cet esclave contre la valeur de la jeune esclave, la deuxième vente est rompue entre les deux parties (de la deuxième vente). On ne peut donc pas y revenir sans un renouvellement. Et à ce propos, le cas du **jus retractum** est pareil: Si le juge décide en faveur de l'ayant-droit du jus retractum (**chuf'a**) contre le vendeur (de l'immeuble), cela implique la rupture de la vente passée entre le vendeur et le (premier) acheteur, de sorte qu'on ne peut pas y revenir si l'ayant-droit du **jus retractum** rend l'(immeuble) à cause d'un défaut.

• 2722. Si le propriétaire d'origine charge un délégué de reprendre l'(esclave) à celui qui l'a acheté auprès de l'ennemi et que le délégué dise à celui qui a acheté auprès de l'ennemi: "Donne cet (esclave) à un tel contre le prix (que tu as payé), et si l'autre dit: "J'accepte", alors c'est à celui qui a commandé et non au délégué qu'il incombe de payer le prix.

comm. Car ici le (délégué) se fait l'émissaire et non le contractant. Ce serait le cas contraire s'il avait dit: "Donne-le moi..."

• 2723. S'il dit: "Donne-le à un tel, contre ce prix, avec la condition que je me porterai garant du prix", ou: "Donne-le-lui et que le prix soit à ma charge", alors c'est au délégué qu'il incombera de payer le prix.

comm. Car rapporter le contrat à ses propres biens, ou stipuler que l'on dédommagera, c'est comme si l'on s'attribuait le contrat à soi-même, et même plus fort encore. Que ce soit comme si l'on s'était attribué le contrat à soi-même, on en a l'évidence à propos du délégué chargé d'arranger un compromis (**sulh**): Si ce délégué dit: "Fais le compromis avec un tel, à propos de la maison que voici, contre mille dirhams, avec la condition que j'en serai le gage", ou même: "... contre mille dirhams chargés à mes biens", alors il incombera au délégué de payer la somme, et non à celui qui a commandé., et ce sera comme si le (délégué) avait dit: "Fais-moi ce compromis..." Et que ce soit même plus fort encore, on en voit l'évidence à propos du délégué chargé (par une femme) de demander un divorce contre quelque avantage (au mari), si le délégué dit (au mari): "Donne à ta femme le divorce (**khul'**) contre mille dirhams de mes biens", ou: ".... contre mille dirhams, avec la condition que j'en serai garant", il incombera au délégué de payer la somme. (revenons à la discussion principale). On sait que si le contrat est attribué ici au délégué, il ne lui incombe pourtant pas de payer la somme. Nous apprenons ainsi que la stipulation par laquelle il s'offre en gage ou rapporte le contrat à ses propres biens est plus forte que l'attribution du contrat (**variante**: de la somme) à sa propre personne quant à l'obligation qui pèse sur lui de payer la contrevaleur. Donc quand elle s'impose au (délégué), celui qui a acheté (l'esclave) auprès de l'ennemi n'a la faculté de rien réclamer à celui qui a commandé (le rachat de l'esclave).

• 2724. Si l'ennemi enlève une aiguière (**ibrîq**) en argent, appartenant à

quelque (Musulman) et pesant 200 dirhams, et qu'un autre Musulman l'achète auprès de l'ennemi pour 250 dirhams à cause de sa qualité supérieure et de son travail, alors le propriétaire d'origine a la faculté, s'il le veut, de la reprendre pour 250 (dirhams).

comm. Car celui qui (l'a) achetée auprès de l'ennemi a payé cette même somme comme rançon. Nous avons déjà mentionné que le propriétaire d'origine ne peut la reprendre que contre paiement de ce que cet acheteur a versé à titre de rançon (ici de l'aiguière). Et cela se tient, étant donné qu'en en payant la compensation, le propriétaire d'origine n'en devient pas propriétaire **ab initio**: il la réintègre seulement en son ancien titre de propriété moyennant la rançon. Et ainsi il n'y a pas risque d'inérêt (**ribâ**)[1].

• 2725. Et une fois qu'il est établi que le (propriétaire d'origine) a * la faculté de la reprendre contre cette quantité (d'argent), il s'établit également qu'il a la faculté de déléguer quelqu'un d'autre pour la reprendre en son nom.

comm. Car le délégué tient la place du délégant.

• 2726. * Et si les deux parties contractantes se séparent (après conclusion du 1396
contrat du rachat mais) avant d'avoir obtenu mutuellement possession (de la marchandise et du prix), la reprise ne sera pas rompue.

comm. Nous avons déjà mentionné, dans ce qui précède, qu'il s'agit là d'une rançon et point d'un achat **ab initio.** Donc il n'est pas nécessaire (**litt.**: condition sine qua non) qu'on obtienne possession dans la séance même du contrat (comme c'est nécessaire lors d'un achat, **ab initio,** d'argent contre de l'argent).

• 2727. Si le délégué verse la rançon sur ses propres biens et obtient possession de l'(aiguière), il a la faculté d'empêcher le délégant de s'en emparer avant que lui-même ait obtenu remboursement de la rançon payée. Et si l'(aiguière) est détruite en la main du délégué, après que celui-ci a empêché (le délégant de s'en emparer), elle est détruite avec toute sa rançon.

comm. La raison en est celle que nous avons évoquée, à savoir que, dès que le délégué l'empêche (de reprendre l'aiguière), il remplace celui qui a acheté auprès de l'ennemi (et il n'est plus un délégué mais un vendeur **ab initio**). Cela s'explique par le cas d'un homme qui charge quelqu'un comme délégué pour lui acheter un terrain planté de dattiers contre un **kurr** (six charges d'âne) de dattes: Si le délégué l'achète et qu'il verse ce **kurr** de dattes sur ses propres biens, puis qu'il empéche le délégant de prendre possession du (terrain) avant de lui rembourser le **kurr** (de dattes), si le terrain fructifie en la main possédante du délégué, de sorte que celui-ci récolte tout un **kurr** de dattes, alors le délégant aura la faculté d'obtenir possession du terrain, y

(1) Cela se réfère à la la célèbre interdiction du Prophète: Lors de l'échange d'or, d'argent, de datte (etc. six choses sont nommées) contre quelque chose de la même espèce, il faut que les deux objets du troc soient égaux et comptants (et non à crédit), sinon ce sera un contrat à intérêt. Et l'intérêt est interdit en Islam.

compris le **kurr** de dattes sur les arbres, contre le **kurr** de dattes qu'il remboursera au (délégué). Il n'y a pas ici de contrat à intérêt entre ces deux parties, malgré l'accroissement qui a lieu en la main du (délégué), car le délégué tient ici la place d'un vendeur (**ab initio**). Si ce terrain avait fructifié en la main même du vendeur pour produire un **kurr** (de dattes), et cela avant qu'on en ait obtenu possession, la vente n'aurait pas été annulé; il en sera donc de même si le terrain fructifie en la main du délégué.

Il en est de même si le délégué voit quelque défaut dans la marchandise, mais qu'il l'agrée: alors si le délégant refuse de l'agréer, le marché collera au délégué, contre le **kurr** de dattes, sans qu'aucun intérêt (**ribâ**) -(interdite par l'Islam)- s'y soit installé. Car ce troc (d'un **kurr** de dattes contre un terrain dont les dattiers ont produit un **kurr**)n'a pas eu lieu entre ces deux parties comme une vente **ab initio** (l'addition s'étant produite par la suite), étant donné que l'intérêt interdit (**ribâ**) aurait eu lieu dans la contrevaleur si la quantité additionnelle avait existé du troc à titre de prix.

Ne vois-tu pas ceci? Si le délégué voit quelque défaut dans le terrain et s'il le rend au (vendeur), ce sera toujours ce même terrain planté de dattiers portant un **kurr** de dattes et tout cela contre seulement un **kurr** de dattes. Evidemment c'est valide. Certes cela se tient si le terrain fructifie en la main du vendeur et alors que le délégué n'a pas encore obtenu possession (du terrain acheté). Au contraire si le terrain fructifie après l'obtention de la possession, alors le délégué n'a pas le droit de le rendre, car l'addition qui se produit après obtention de la possession empêche qu'on le rende pour cause du défaut.

Cela s'explique également par le cas où le délégué achète pour celui qui a commandé (le rachat) un esclave contre mille dirhams, cependant que la valeur en est de mille cinq cent dirhams: si quelqu'un le tue par erreur alors qu'il était encore en la main du vendeur-ou même en la main du délégué-la réponse est la même que celle que nous avons donnée à propos de l'oasis où les dattiers produisent des fruits.
1397 Car dans * les deux cas aucun intérêt (**ribâ**) ne s'installe à cause de la dite addition, [1] comme il s'installerait si la vente était pour l'avenir (=à crédit). Il en sera donc de même le cas de l'aiguière: si le délégué y voit quelque défaut, puis que celui qui (l')a acheté auprès de l'ennemi n'agrée pas la transaction (avec l'ennemi), et que celui qui a commandé (le rachat) ne l'agrée pas non plus, alors l'aiguière appartiendra au délégué moyennant la rançon qu'il a versée, même si l'aiguière pesait plus que (les dirhams de) la rançon. Car ce qui s'est passé entre les deux n'est pas du tout un contrat **ab initio**. Donc la règle de l'intérêt interdit (**ribâ**) ne l'affecte pas.

(1) Le meurtrier payera la valeur de l'esclave (15 dirhams) et non le prix accepté pour la vente (100 dirhams).

* Chapitre (139) 1398

DE CE QU'IL EST DÉSAPPROUVÉ DE FAIRE ENTRER DANS LE TERRITOIRE ENNEMI ET DE CE QUI NE L'EST PAS.

' 2728. (Chaibânî) dit: Il n'y a pas de grief à ce qu'un Musulman transporte chez les ennemis en guerre tout ce qu'il veut, sauf les bêtes de guerre (chevaux), les armes et les esclaves (**sab'y,** hommes et femmes). Mais pour moi, il est préférable qu'il n'y transporte rien.

comm. Car il est recommandé au Musulman de chercher à éloigner des païens. En effet le Prophète a dit: "Ne vous éclairez pas du feu des païens" Il dit encore: "Je ne suis responsable d'aucun Musulman qui se trouve en compagnie d'un païen. Il ne faut pas que les feux des deux se voient l'un l'autre". Or, porter des biens chez eux à titre de commerce, c'est une espèce de rapprochement avec eux. Mieux vaut qu'on ne (le) fasse pas. En outre, ils se renforcent par les biens d'usage courant ou les denrées alimentaires qu'on porte chez eux, et ils en profitent.

• 2729. Il est préférable pour un Musulman de' s'abstenir de leur procurer toute cause de renforcement. Toutefois il n'y a pas de grief à faire, à ce propos, quant aux denrées alimentaires, aux vêtements etc.

comm. Car il est rapporté que Thumâma Ibn Uthâl embrassa l'Islam à l'époque du Prophète et coupa aux Mecquois les denrées alimentaires dont ils s'approvisionnaient chez lui (à Yamâma). Les Mecquois écrivirent donc au Prophète, en le suppliant d'autoriser Thumâma à exporter les denrées alimentaires chez eux. Et le Prophète le fit, alors que les Mecquois étaient en ce moment en
guerre avec le Prophète.[1] * Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à faire grief d'une 1399

telle (exportation). Il en est ainsi parce que les Musulmans aussi ont besoin de certaines choses des pays ennemis, comme les médicaments et les biens d'usage courant. Et si nous leur interdisons ce qui se trouve dans notre pays, eux aussi (nous) interdiront ce qui se trouve dans leur pays.

• 2730. Si un commerçant entre chez les (ennemis en guerre) pour en rapporter aux Musulmans des choses dont ceux-ci puissent profiter, il est inéluctablement obligé de transporter chez ces (ennemis) certains produits de chez nous (pour faire le troc). C'est pourquoi nous le permettons aux Musulmans, sauf en ce qui concerne les bêtes de guerre (chevaux), les esclaves et les armes.

comm. Car rien de ce genre ne peut être exporté chez eux; et tel est l'avis qu'on rapporte d'Ibrâhîm an -Nakha'î, de Atâ' Ibn Abî Rabâh et de 'Umar Ibn 'Abd al-'Azîz. Il en est ainsi parce que les (ennemis) se renforcent des bêtes de guerre et des armes, pour combattre les Musulmans, alors qu'il nous est commandé de briser leur pique (**chauka**) et de tuer leurs combattants, en repoussant le mal (**fitna**) de leur belligérance. En effet Dieu a dit (Q. 8/39): **"Et combattez-les jusqu'à ce que**

1. Cf. Hamidullah, *Le Prophète de l'Islam*, s.415.

ne subsiste plus de fitna..." Nous apprenons ainsi qu'il n'y a aucune permission de les renforcer pour qu'ils combattent les Musulmans.

• 2731. Si cette règle s'établit à propos des bêtes de guerre et des armes, elle s'établit à plus forte raison à propos des esclaves (**sab'y**).

comm. Car ou bien ces (esclaves, hommes et femmes) combattront eux-mêmes (les Musulmans) ou bien il surgira d'eux (plus tard) des combattants. Or renforcer les (ennemis) au moyen de combattants est plus grave que de les renforcer au moyen d'outils de combat.

• 2732. Pareils est le cas du fer dont on fabrique les armements.

comm. Car le (fer) a été créé par la nature pour cela, ainsi que le dit cette parole de Dieu (57/25): **".... et Nous avons fait descendre le fer où se trouve une dure rigueur..."** Et il est également désapprouvé qu'on exporte chez eux du fer
1400 usiné ou non usiné. Il en est ainsi * parce que le fer est la base des armements; or toute règle qui s'établit en ce qui est dérivé du principal s'établira aussi dans le principal, même si dans le principal il n'y a pas le même sens que ce qui est dans son dérivé.

Ne vois-tu pas que si un pèlerin sacralisé casse l'oeuf d'un oiseau, il lui incombe de payer la même compensation (=expiation) que s'il avait tué l'oiseau à la chasse?

• 2733. (Chaibânî) tire argument (à ce propos) de la parole d'al-Hasan, qui désapprouvait la vente des armements lors des troubles (**fitna**).

comm. Nous disons aussi la même chose, car la vente des armements, dans une période de troubles, procure la cause de leur excitation, alors qu'il nous est commandé de les appaiser. Le Prophète a bien dit: "Le trouble dort; que Dieu maudisse celui qui le réveille". S'il est désapprouvé de (vendre des armes), pendant une période de troubles, à des (Musulmans) qui peuvent être gens de trouble, il est désapprouvé a plus forte raison d'en exporter vers le territoire ennemi pour les lui vendre.

• 2734. Si un Musulman entre sur le territoire ennemi, sous sauf-conduit, pas de grief à ce qu'il acquière des biens des (ennemis), de leur bon gré, de quelque façon que ce soit.

comm. Car leurs biens n'obtiennent pas l'immunité par l'entrée du (Musulman) chez eux sous sauf-conduit, mais par le contrat du sauf conduit, il s'engage à ne pas les trahir. Il lui faut donc s'abstenir de les trahir. Donc dès lors qu'il leur donne satisfaction quand il acquiert quelque chose (chez eux), il acquiert quelque chose de libre (= licite, qui n'est pas interdit), de sorte qu'il s'abstient de toute trahison; et c'est donc bon pour lui. Un prisonnier de guerre et un touriste sous sauf-conduit sont égaux en cela. Cette (premission, ou: licéité) est au point que si le (Musulman) leur vend un dirham contre deux dirhams, ou s'il leur vend un cadavre pour quelques dirhams, ou s'il obtient leurs biens au moyen d'un jeu de hasard, tout cela lui sera

bon (bien que l'Islam interdise ces moyens-là); cela selon l'avais d'Abû Hanîfa et de Chaibânî. Mais Sufyân ath-Thaurî dit que cela est licite pour un prisonnier de guerre, et ne l'est pas pour un Musulman qui est allé (chez eux) sous sauf-conduit. C'est également l'avis d'Abû Yûsuf. Mais nous disons que le touriste sous sauf-conduit diffère certes du prisonnier de guerre dans les acquisitions faites contre le gré des ennemis, mais dans les acquistions faites de leur bon gré, il est comme le prinsonnier de guerre, étant donné que la seule obligation d'un touriste sous sauf-conduit est de ne pas trahir ceux (qui lui ont octroyé le sauf-conduit); or il n'y a pas de trahison ici.

(Chaibânî) tire argument, à ce propos, du pari [(1)] qu'Abû Bakr fit avec les habitants (païens) de la Mecque, que les Byzantins vaincraient les persans (sassanides), au point que le Prophète dit à (Abû Bakr): "Augmente le montant du pari et ajoute aussi (un peu) au délai (**ajal**[(2)];

comm. S'il n'avait pas été licite de faire cela avec les (ennemis), le Prophète ne l'aurait pas autorisé;-

• 2735. Par la suite quand Abû Bakr eut gagné le pari et obtenu le montant de la gageure, (ici, quelques chameaux), il l'amena auprès du Prophète. Celui-ci lui dit: "Distribue-le en charité". Sufyan (ath-Thaurî) tire argument des apparences de ce récit et dit: Si cela avait été bon, le prophète ne lui aurait pas commandé d'en faire la charité.

• 2736. Mais nous disons: Si [(3)] cela avait été chose interdite, le Prophète n'aurait pas commandé à (Abû Bakr) de parier et, si celui-ci n'était pas devenu vrai propriétaire du montant de la gageure, le Prophète ne lui aurait pas commandé la distribuer en charité.

comm. Nous apprenons ainsi que le (pari avec les belligérants) est chose valide; seulement, le (Prophète) a recommandé que le montant de la gageure fût dépensé en charité, à titre de remerciement à Dieu qui avait manifesté la véracité de cette (prédiction)

• 2737. (Chaibânî) tire argument également de la lutte que le Prophète consenti à engager avec Ibn Rukâna, alors qu'il était encore (avant l'Hégire) à la Mecque. Il lutta par trois fois engageant chaque fois un tiers du troupeau de moutons que (Rukâna possédait). Si ce genre de (pari) avait été chose désapprouvée, le Prophète ne l'aurait pas fait. Bref, quand la troisième fois le Prophète (gagna la lutte et) jeta cet homme par terre, l'autre observa: "Personne n'a jamais abaissé mon flanc (= jeté

---

(1) Il s'agit du moment où les Sassanides occupèrent la Syrie et l'Egypte et où vint la révélation du Quran (30/2-5) en ces termes: "**Les Roum (Byzantins) ont eu le dessous, dans le pays voisins tandis qu'il auront le dessus après avoir eu le dessous, dans moins de dix ans, -à Dieu le commandement, avant comme après!-et ce jour-là les croyants se réjouiront**". Les païens de la Mecque se moquèrent de cette prédiction. Abû Bakr en fit le pari avec eux, et le gagna.

(2) Ainsi الأجل dans le MS de Paris, la 1re éd. portant: الأصل

(3) De même, le mot لو ("si") manque à la 1re éd.

par terre), et ce n'est pas toi qui m'a jeté (par terre). Alors le Prophète lui rendit ses moutons.(1)

1401 **comm.** De ses apparences * Sufyân (ath-Thaurî) tire argument et observe: "Si cela avait été bon, le Prophète ne l'aurait pas rendu". Mais nous disons: "Si cela avait été chose désapprouvée, le Prophète n'y serait pas entré! Le Prophéte lui a rendu les moutons par magnanimité envers lui, chose que le Prophète faisait souvent pour les païens, afin de gagner ainsi leurs coeurs pour qu'il croient (en l'Islam).

• 2738. (Chaibânî) tire argument aussi du récit sur les Banû Qainuqâ'a. Lorsque le Prophète donna ordre de les expulser (de Médine), ils dirent: "Mais nous avons des créances (sur des Musulmans), dont l'échéance n'est pas encore venue". Alors le Prophète: "Rabattez-en (le montant) et hâtez (le païement)" (2) . De même quand il donna ordre d'expulser les Banu'n-Nadîr (de Médine), il dirent: "Mais les gens nous doivent des dettes", alors lui: "Rabattez pour hâter".(3)

comm. On sait qu'une telle affaire (de rabattre partie de la cérance pour encaisser avant terme) n'est pas loisible entre Musulmans. En effet si quelque dette incombe à un (musulman) vis-à-vis d'un autre (Musulman) et pour un délai déterminé, et que cet autre en rabatte une partie pour que le ydébiteur hâte le remboursement du reste, ce arrangement n'est pas valide. 'Umar, Zaid Ibn Thâbit et Ibn 'Umar l'ont désapprouvé. Cependant le Prophète l'a autorisé pour les (Musulmans, concernant les Juifs des Qainuqâ' et des Banu'n-Nadîr), parce qu'à ce moment-là ceux-ci étaient des ennemis en état de guerre, et de là il a ordonné de les expulser (de Médine). Nous apprenons ainsi que ce qui ne peut pas être valide entre les Musulmans peut l'être entre un ennemi en guerre et un Musulman.

• 2739. (Chaibânî) poursuit: Si les Musulmans se trouvent dans leur campement et les mécréants (ennemis) dans le leur, alors ils ne doivent rien se vendre les uns aux autres, sinon de la façon qui serait licite entre les Musulmans. Mais ce que nous avons précisé n'est valide que quand les (Musulmans) se trouvent sur le territoire de l'ennemi en guerre, ou sous la puissance résistante (et la juridiction) des mécréants (ennemis). Au contraire, si l'une des deux (parties du négoce) se trouve sous la puissance résistante des Musulmans, alors ce cas et l'autre, où tous les deux se trouvent sous la puissance résistante des Musulmans, sont pareils;-

comm. La plupart de nos maîtres-juristes disent que cette réponse (de Chaibânî) est fausse, car s'il est licite de prendre (de cette façon les biens des ennemis), c'est parce que leurs biens ne jouissent pas de l'immunité. Et en cela il n'y a pas de différence si le Musulman se trouve sous la puissance des (ennemis) d'une

(1) cf Hamidullah, op. cit., I, 83

(2) Voir aussi infra ch. 148.

(3) Voir aussi infra ch. 148, (s. 3049) ainsi que Hamidullah, op. cit., I, 386. Le texte imprimé porte ici dans les deux cas ضعوا او تعجلوا او ضعوا Mais au lieu de او ("ou"), il convient de lire: و ("et") comme infra dans le chapiture 148 (s. 3049)

part, et, d'autre part, si le (vendeur) se trouve sous la pussance des Musulmans et l' (acheteur) ennemi sous la puissance des mécréants (ennemis). Toutefois Chaibânî s'appuie ici, pour la réponse qu'il donne, sur l'endroit où a lieu l'affaire. Il dit donc,-:

• 2740. Si les deux (négociants) se trouvent dans un endroit où les lois de l'Islam (Juridiction) ne sont pas appliquées, cette affaire est valide; et si l'un des deux se trouve dans un endroit où les lois de l'Islam sont appliquées, cette affaire ne sera pas valide.

* (Chaibânî) tire argument du récit d'Ibn 'Abbâs qui rapporte que quand 1402
Naufal Ibn 'Abdallâh fut tué dans le fossé (lors de la bataille du Fossé), les mécréants (ennemis) demandèrent aux Musulmans (la restitution de) son cadavre, contre quelques avantages (**litt.** : biens) qu'ils accorderaient aux Musulmans, mais le Prophète le défendit aux (Musulmans) et le désapprouva.

Et selon une autre version, le (Prophète) dit: "Sa rançon est mauvaise comme son cadavre est mauvais". Puis il laissa les (ennemis) s'emparer du (cadavre gratuitement).[(1)]

comm. Selon le raisonnement de Chaibânî, le Prophète désapprouva cela parce que le Fossé se trouvait sous la puissance résistante des Musulmans; et selon le raissonnement des (autres) maîtres-juristes, le Prophète aurait désapprouvé (toute restitution du cadavre) voyant que ce serait un motif de chagrin et de rage pour les (ennemis), à moins que la deuxième version ne soit établie, à savoir qu'il les ait laissés s'emparer (du cadavre gratuitement) Au contraire si cette version est authentique, alors, le Prophète aura désapprouvé (la compensation) pour les humilier et pour faire peu de cas d'eux; ou parce qu'il aura voulu qu'on n'atrribue pas aux Musulmans quelque chose qui ne convient pas aux bonnes moeurs, étant donné que le Prophète a maintes fois dit: "J'ai été suscité pour perftectionner les bonnes moeurs".

(Chaibânî) cite aussi ce récit sur S'ad Ibn 'Ubâda: Celui-ci avait acheté, lors de la bataille de Khaibar, une quantité de **tibr** (or non travaillé) contre des pièces de monnaie en or (**dhahab**), mais le Prophète (lui) dit: "Ce n'est pas bon; rends-le donc". Des apparences de ce récit, Sufyân (ath-Thaurî) tire argument et dit: Le Prophète lui a commandé de le rendre parce qu'il y manquait la condition "égal à égal" (nécessaire dans l'échange d'or contre or). Mais nous disons qu'il l'a désapprouvé parce que (Sa'd Ibn 'Ubâda) avait acheté l'(or) dans le campement du Prophète. Ce qui fortifie cette façon de voir, c'est qu'on désapprouve un tel (achat) pour celui qui est allé (dans l'autre pays) sous sauf -conduit, alors que les Musulmans, lors de la bataille du Fossé ne se trouvaient pas sous le sauf-conduit des mécréants (ennemis); de même, lors de la bataille de Khaibar, Sa'd n'était pas sous le sauf-conduit des Juifs (khaibariens), bien au contraire il les combattait. Nous apprenons ainsi que le (Prophète) a désapprouvé cette transaction parce qu'elle avait eu lieu sous la puissance résistante (juridiction) des Musulmans. Et Dieu sait mieux la vérité.

---

(1) Cf. Ibn Hicham, p. 699.

1403 *** Chapitre (140)**

DE CEUX QU'ON DÉSAPPROUVE DE TUER, PARMI LES ENNEMIS EN GUERRE: FEMMES ET AUTRES (CATÉGORIES).

• 2741. (Chaibânî) dit: Il ne faut tuer, d'entre les ennemis en guerre, ni les femmes, ni les enfants (mineurs), ni les fous, ni les vieillards sur le point de mourir (**fânî**), et cela à cause de cette parole de Dieu (2/190): **"Et combattez dans le sentier de Dieu ceux qui vous combattent..."** Or ceux-là ne combattent pas. En outre quand le Prophète voulut montrer l'énormité qu'il y avait à tuer des femmes, il fit allusion au même (point), en disant): "Ah! Mais celle-ci ne combattait pas. Va trouver (le commandant) Khâlid et dit lui: 'Tu ne tueras point les dhurrîya (femmes et enfants), et non plus les serviteurs (**'asâf**)'... Une autre raison est que, bien que la mécréance soit parmi les plus grands crimes (**jinâyât**), elle concerne les rapports entre l'homme et son Seigneur-Majestueux et Très-Haut est-Il-et la punition de tels crimes est reportée au jour du jugement dernier dans l'au-delà; quant à la punition hâtée ici-bas, elle a été promulguée pour une utilité qui concerne (**litt.:** revient aux) les humains, à savoir: pour repousser le mal provenant de guerre. Ce mal n'existe pas en ceux qui ne combattent pas, au contraire il y a de l'utilitié pour les Musulmans à conserver ces (non-combattants) pour qu'ils deviennent les esclaves des Musulmans. Certes si un quelconque de ces (non-combattants) s'occupe effectivement des combats, alors pas de giref à ce qu'on le tue, étant donné qu'il s'est personnellement occupé de la cause pour laquelle a été imposé le devoir de combattre les (ennemis qui nous combattent (cf. Le verset cité plus haut). En effet s'il est licite de tuer quelqu'un que son physique rend apte à combattre, et cela pour la raison qu'il peut combattre (cf • 1908), il est licite à plus forte raison de tuer celui qui a effectivement mené des combats.

• 2742. Si un quelconque de ces (non-combattants) tue une personne (musulmane), puis que les Musulmans le capturent, alors si c'est un gamin ou un fou, il ne faut pas le tuer.

comm. Car il était licite de le tuer pour repousser les combats de sa part; or cela a déjà été repoussé quand on l'a dominé. Il en est ainsi parce qu'un tel (non-combattant) n'est pas sujet de (**litt.**: adressé par) la loi. Donc son acte ne peut pas constituer un tort obligeant à le punir à titre de rétribution. C'est comme une bête si elle attaque un homme, il est licite de le tuer, par défense; mais si elle a été capturée et si le mal qu'elle voulait est repoussé, alors il n'est plus licite de la tuer.

• 2743. Quant à la femme, et au vieillard qui est sur le point de mourir, pas de grief à ce qu'on les tue, même après leur capture (s'ils ont effectivement mené des combats), étant donné que les deux catégories sont sujets de la loi et qu'elle ont capacité pour mériter une punition à titre de rétribution de leur acte.

comm. Or il y a eu de leur part un acte qui oblige à les punir de mort. Ne vois-tu pas qu'on les tue en vertu du talion (pour meurtre civil)? On peut donc les tuer également en rétribution de leur acte (de belligérance).

• 2744. Mais si quelqu'un (des Musulmans) les tue avant que des commbats aient été effectivement menés par ces (non-combattants), il n'y a ni expiation à faire ni prix du sang à payer, (au contraire du meurtre d'un étranger en paix, cf. le Quran 4/92).

comm. Car ces deux choses (prix du sang et expiation) ont été imposées en vue de l'immunité et de valeur qui s'attachent au (sang d'un humain), ce qui a lieu soit à cause de la religion, soit à cause du territoire (de la victime). Aucune de ces deux causes ne se trouve ici. Au contraire, si on interdit de tuer ces (non-combattants) c'est, ou bien pour augmenter le bénéfice des Musulmans, ou parce que n'existe pas la cause qui obligerait à les tuer, à savoir le belligérance, mais ce n'est pas qu'il existe quelque cause qui procurerait immunité ou valeur (à leur sang). Voilà pourquoi il n'y a, pour celui qui (les) tue, ni expiation à faire ni prix du
sang à payer. A cela fait allusion cette parole * du Prophète, dans un hadith: "... ils 1404
en font partie", c'est-è-dire que les femmes et les enfants des mécréants (ennemis en guerre) font parties des (ennemis), en ce sens que leur sang n'a ni immunité ni valeur.

(Chaibânî) ajoute: Le '**asîf** (serviteur) que le Prophète a interdit de tuer, c'est le salarié, (pour servir le combattant de façon civil, pour faire la cuisine etc.) Il est comme un paysan, c'est-à-dire: un (serviteur) dont la préoccupation n'est pas de mener des combats, mais seulement de gagner de l'argent (1) en se louant au service d'autrui. Et s'il s'occupe de l'agriculture, on ne le tue pas, car il ne participe pas aux combats.

On a rapporté cette parole: "Tuez les âgés (**chaikh**) d'entre les mécréants (ennemis en guerre), et laissez vivre les bourgeons (**charkh**) d'entre eux". Ici l'expression **chaikh** signifie les adultes (**bâligh**), et **charkh** signifie les enfants mineurs; et "laisser vivre" signifie réduire en esclavage, comme le dit aussi cette parole de Dieu (2/49, etc.) rappelant aux juifs la persécution des Pharaonites: "**... qui tuaient vos fils) et laissaient vivre vos** (2) **femmes"**. Quant au terme **chaikh fânî** (âgé sur le point de mourir), il désigne celui qui ne combat pas en personne, qui n'aide pas les combattants par son conseil, et dont on n'espère pas non plus de progéniture. Celui-là, il ne faut pas le tuer. Cette règle est exposée dans le hadith que rapporte Ibn 'Abbâs et qui dit: "Le Prophète a interdit de tuer la femme, l'enfant mineur et le trop âgé (**chaikh kabîr**)". Quant à la femme, si elle aide les combattants, pas de grief à ce qu'on la tue. Ainsi on rapporte un récit, comme avis d'al-Hasan. Et 'Abd ar-Rahmân Ibn Abû 'Umra rapporte que: "Le Prophète passa (un jour) près d'une femme tuée. Cela lui déplut, et il dit: Qui l'a tuée? Quelqu'un répondit: 'C'est moi, ô Envoyé de Dieu! Je l'avais fait monter sur ma chamelle derrière moi (en croupe), puis elle a voulu me tuer. Je l'ai donc tuée. Alors le Prophète donna l'ordre de l'enterrer, ce qui fut fait".

(1) Ainsi همته اكتساب المال dans le MS de Paris, coquille dans la Ire éd grief où: همته من القتال الكتساب المال

(2) Le texte de la Ire éd. porte "leurs femmes", par mégarde de la part de l'auteur probablement.

• 2745. Il en sera de même si une femme injure publiquement le Prophète: pas de grief à ce qu'on la tue.

comm. On se fonde sur le récit d'Abû Ishaq al-Hamdânî qui dit: "Quelqu'un se rendit auprès du Prophète et lui dit: 'J'ai entendu une femme, d'entre les juis, qui t'injuriait. Par Dieu, ô Envoyé de Dieu, elle était bienfaisante envers moi, néanmoins je l'ai tuée. Le Prophète laissa son sang dans l'impunité." (Chaibânî) tire argument également du récit suivant: Quand 'Umair [1] Ibn 'Adî entendit Asmâ fille de Marwân faire de la peine (**tu'dî**) au Prophète, dénigrant l'Islam, excitant à la guerre
1405 contre le Prophéte, * et composant même à ce propos, les vers que voici:

....[2]

• 2746. Cela arriva quand le Prophète fut partie pour la bataille de Badr. ('Umair Ibn 'Adî) se dit alors: "Seigneur, je Te jure que si Tu laisses le Prophète rentrer à Médine, je tuerai cette femme.. etc." Plus tard il la tua pendant une nuit. Le lendemain, il assista à l'office de l'aube en compangnie du Prophète. Quand celui-ci le vit, il dit: "Tu as tué la fille de Marwân?" Il répondit: "Oui, c'est exact. Est-ce qu'il m'en incombe quelque chose?" Le Prophète répliqua: "Pas même deux chèvres ne se battraient à coups de cornes pour cela". Puis se tournant vers ceux qui l'entouraient, le Prophète observa: "Quiconque veut voir quelqu'un qui a porté secours à Dieu et à Son envoyé, qu'il regarde 'Umair'. 'Umar Ibn al-Khattâb s'exclama alors: "Regardez cet aveugle qui a passé la nuit dans l'obéissance à Dieu le Très-Haut". ('Umair Ibn 'Adî était un aveugle, et malgré cela, il parvint à tuer la femme en question). Alors le Prophète: "Ne dis pas 'Aveugle' (**a'mâ**), mais 'clairvoyant' (**başîr**) [3] .... etc."

(Chaibânî) tire argument également du récit de Zaid Ibn Hâritha, quand il tua Umm-Qirfa. Elle faisait partie de ceux qui excitaient à commbattre le Prophète. Selon ce qu'on rapporte, elle équipa trente **râkib** (soldats montés sur des chameaux) d'entre ses propres descendants, et leur dit: "Partez, Pénétrez dans Médine et tuez Muhammad". Quand la nouvelle en parvint au Prophète, il dit: "Seigneur, fais qu'elle pleure pour tous ceux-la". En fait Zaid Ibn Hâritha la tua, et envoya la chemise de cette femme au Prophète, qui la fit étendre publiquement sur deux lances à Médine.

On dit que celui qui la tua, c'est Qais Ibn al-Moussahhar[4] : il la tua de façon très affligeante, car il attacha une corde à chacune des jambes de cette femme, et ces

---

(1) Ainsi "'Umair" dans le MS de Paris, la 1re éd. portant: 'Umar.

(2) Certains MSS citent 4 vers, les autres, y compris celui de Paris, les suppriment. En effet ils sont obcènes et veulent dire que le Prophète est un intrus pour les habitants de Médine, et qu'il ne faut donc pas se soumettre à lui, surtout parce qu'il a tué plusieurs chefs (juifs). La 1re éd. cite ces vers, mais avec des coquilles qui rendent le sens incompréhensible; al-Baladhurî (Ansâb al-achrâf, I, 373) en cite 3 des 4 vers.

(3) On emploie en arabe ce dernier terme, par euphémisme, pour désigner celui qui souffre de cécité.

(4) L'éd. porte: [illegible] mais cf. Ibn 'Abd al-Barr, **al-Isti'âb**, s.v

cordes furent attachées à deux chameaux qu'on poussa (dans deux directions opposées), ce qui la déchira en deux. Son sort a passé en proverbe en arabe, et l'on dit: "Même si tu es plus puissant qu'Umm-Qirfa".

• 2747 * De même le Prophète donna ordre, le jour de la Conquête (de la 1406
Mecque), de tuer Hind fille de 'Utba, eu égard au fait qu'elle excitait aux combats contre les Musulmans. Mais elle embrassa l'Islam, (donc le Prophète la grâcia). En conquérant la Mecque, le Prophète proclama l'aministie générale, mais il en excepta deux chanteuses-esclaves[1] appartenant à Ibn Khatal, et donna ordre de les mettre à mort.

comm. Car toutes deux chantaient [2] des poèmes satiriques contre le Prophète.

• 2748. De même, le jour de la bataille des Banû Quraiza, le Prophète donna ordre de mettre à mort Bunâna.

comm. Car elle avait tué Khallâd Ibn Suwaid, sur ordre de son mari. Le but de ce dernier était gu'elle ne vive pas après lui (et n'épouse pas un Musulman). On rapporte le récit qu'en fait 'A'icha, qui dit: Bunâna se rendit chez moi pour demander quelque chose, elle riait aux éclats d'une façon boulversante cependant qu'on passait au fil de l'épée les chefs des Banû Quraiza. Elle resta auprès de moi jusqu'au moment où on appela son nom. Elle dit alors: "C'est moi! Par Dieu, on va me tuer!" Et elle ne cessait toujours pas de rire. 'A'icha de dire: "Malheur à toi! Le Prophète ne tue pas les femmes!" Elle répondit: "Oui, mais c'est mon mari qui m'a tuée, [3] en me donnant ordre de jeter une meule de moulin (en haut d'une tour) sur Khallâd Ibn Suwaid, et je l'ai tué ainsi". Puis on la fit sortir et on la passa au fil de l'épée.

• 2749. En outre Sa'îd Ibn al-Masaiyib rapporte que, quand le Prophète eut la tranquillité à Khaibâr (après la conquête et la conclusion de la paix). Zainab, nièce (fille du frère) de Marhab, lui envoya en présant un mouton rôti. Le Prophète en goûta-il avait pris un gigot (**dirâ'**)- puis il dit: "Cette patte me dit qu'on y a mis du poison". Puís il fit venir Zainab, et lui demanda: "qui t'a incitée à faire ce que tu as fait?" Elle: "Tu as fait à mon peuple ce que tu as fait: tu as tué mon père, mon oncle paternel, et mon mari. Je me suis donc dit: 'S'il est prophète, le mouton l'informera de ce que j'ai fait; et s'il n'est que roi, nous lui échapperons". Bichr Ibn al-Barâ, qui y avait également goûté en compagnie du Prophète, mourut ainsi. Mais le Prophète pardonna à cette femme.[4]

• 2750. Les historiens des guerres du Prophète divergent à ce sujet. Quant à

---

(1) Ainsi قيضى selon le MS de Paris et al-Balâdhurî, Ansâb, I, 356, la Ire éd. portant: فيسار

(2) Ainsi كانتا تتغنيان selon le MS de Paris et non كانا يبعثان de la Ire éd.

(3) Ainsi قتلني selon le MS de Paris et al-Wâqidî, **Maghazî** fol. 119/a (MS de Londres), et non comm dans la Ire éd.

(4) Le Prophète cracha ce qu'il avait mangé, puis il appliqua des ventouses sur son épaule, suggérant de faire de même à ceux qui avaient également mangé de cette viande empoisonnée. Le Prophète n'en guérit jamais complètement, et il répétait la cure de temps en temps; et lors de sa mort, il dit: C'est le poison de Khaibâr qui vient de faire éclater à l'instant l'artère de mon coeur (**abhar**).

al-Wâqidî, dans un des récits, il dit [1] que le Prophète la mit à mort. Mais le récit le plus connu est celui qu'a cité ici Chaibânî, à savoir que le Prophète lui pardonna. Et il le fit parce que c'était après la conclusion de la paix et après que le Prophète était
1407 devenu tranquille * à Khaibar. Donc cet acte (d'empoisonnement) de la part de cette femme n'avait été ni violation du pacte de naturalisation ni acte de belligérance vis-à-vis des Musulmans. Si l'on disait: "Mais pourquoi ne la mit-il pas à mort au titre du talion, pour la mort de Bichr Ibn al-Barâ', selon l'avis de ceux qui disent qu'il faut appliquer le talion quand on tue par le poison?" Nous dirions: C'est parce que ceux qui voient là une obligation au talion, y obligent quand le (criminel) administre lui-même le poison. [2] Au contraire si la victime prend lui-même , il n'y a ni prix du sang ni talion contre celui qui a fait cela. Or Bichr Ibn al-Barâ' en avait pris lui-même pour goûter. Voilà pourquoi le Prophète n'imposa ni talion ni prix du sang.[3] Et Dieu sait mieux.

1408 *** Chapitre (141)**

DES MUSULMANS QUI DEMANDENT AIDE AUX MÉCRÉANTS, ET DES MÉCRÉANTS QUI DEMANDENT AIDE AUX MUSULMANS.

• 2751. Pas de grief à ce que les Musulmans demandent aide à des mécréants contre d'autres mécréants, pourvu que ce soit le commandement islamique qui régisse ces (non-Musulmans).

comm. Car le Prophète demanda aide aux Juifs des Banû Qainuqâ'a[4] contre ceux des Banû Quraiza. En outre ceux des Mecquois qui n'avaient pas encore embrassé l'Islam partirent en compagnie du Prophète, montés ou à pieds, Jusqu'à Hunain, [5] pour voir à qui la déroute, et pour le piller. On dit qu'Abû Sufyân sortit aussi sur les traces de l'armée (musulmane) et toutes les fois qu'il rencontrait un bouclier, une lance ou toute autre chose des bagages des compagnons du Prophète, il le ramassait, de sorte qu'il en recueillit toute une lourde charge de chameau. De même Safwân sortit (en compagnie du Prophète) cependant qu'il était encore païen; sa femme était islamisée, mais le Prophète ne les sépara pas. Il prit part aux combats en compagnie du prophète auss bien à Hunain qu'à Tâ'if, tout en restant païen. En ce qui concerne les liens conjugaux de ce couple, le (Prophète) ne les avait pas rompus,

---

(1) Cf. al-Wâqidî, **al-Maghâzî,** fol. 154/b (MS de Londres).

(2) Ainsi الايجار (= administrer le médicament par la bouche) chez 'Aintâbî (trad. turque), la Ire éd. portant: الاطلاء

(3) Mais dissimuler le poison dans les alimentations est bien acte délibéré qu'on ne peut pas laisser impuni.

(4) Pour ce récit suspect. voir plus bas, note.

(5). Ainsi selon 'Aintâbî (trad. turque), la Ire éd. Portant: Khaibâr. La leçon "Khaibâr" est impossible car l'expédition de Khaibâr eut lieu au début de l'an 7 H., et à ce moment-là Abû Sufyân se trouvait en Syrie où, selon al-Bukharî, il rencontra même Héraclius alors que celui-ci se rendait à Jérusalem pour restituer la Sainte Croix récupérée sur les Persans.

car tous deux se trouvaient sous la juridiction islamique, alors que c'est la différence **de facto** et **de jure** des territoires qui oblige à la séparation.(1) Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à faire grief à ce qu'on demande aide aux (non-Musulmans). Cela ressemble à l'aide qu'on attend des chiens pour combattre les mécréants. A cela fait allusion cette parole du Prophète: "En vérité Dieu aidera cette Religion (islamique) au moyen de gens qui n'ont pas de part dans l'au-delà".

Quant au récit qui dit que, lors de la bataille d'Uhud, le Prophète * aperçut un 1409
beau régiment (**katîb**) et demanda: "Qui sont-ils?", qu'on répondit: "Ce sont des Juifs de telle tribu, alliés d'Ibn Ubaiy", et que le Prophète remarqua: "Nous ne demandons pas l'aide de quelqu'un qui n'est pas de notre religion", -il faut interpréter ce récit en ce sens que ces (non-Musulmans) constituaient en eux-mêmes une puissance résistante, et qu'ils ne combattaient pas (=ne voulaient pas combattre) non plus sous le drapeau du Prophète. A notre avis, si les (renforts non-musulmans) sont de telle qualité, il est déconseillé de leur demander de l'aide.

• 2752. Il y a récits divergents quant à la cause pour laquelle (l'hypocrite) Ibn Ubaiy déserta le Prophète le jour de la bataille d'Uhud. Selon l'un, le Prophète n'avait pas écouté son avis quand il avait conseillé de ne pas sortir de la ville (mais de subir un siège de l'ennemi assaillant). Cela le fit enrager et il déserta le (Prophète) en murmurant: "Il obéit aux jeunes garçons et s'oppose à moi dans le conseil sincère que je lui donne".

• 2753. Un autre récit dit que le Prophète rejeta l'offre d'Ibn Ubaiy quand celui-ci se présenta pour sortir combattre en sa compagnie, et le (Prophète) observa: "Nous ne demandons pas d'aide aux mécréants". En effet le Prophète désapprouva la préssence d'Ibn Ubaiy, car il y avait avec lui sept cents juifs des Banû Qainuqâ'a, (2) qui étaient des alliés d'(Ibn Ubaiy). Le Prophète eut crainte que ces (non-Musulmans) puissent agir contre les Musulmans s'ils sentaient quelque glissement de pied de leur part. Voilà pourquoi le Prophète les rejeta. A notre avis, si le chef de l'Etat musulman juge bon de ne pas demander aide aux mécréants, par crainte de quelque mal, il lui est loisible de les rejeter.

• 2754. (Chaibânî) cite ensuite le récit d'az-Zubair (ibn al-'Auwâm): Celui-ci se trouvait (comme réfugié) auprès du Négus, quand un ennemi attaqua ce dernier, et c'est alors qu'az-Zubair fit ses meilleures preuves en compagnies du Négus. Pour cette raison, az-Zubair était bien estimé par le Négus.

comm. Des apparences de ce récit, on tire argument pour dire qu'il est licite aux Musulmans de combattre en compagnie des mécréants et même sous leur

---

(1) Si l'épouse d'un couple non-musulman embrasse l'Islam, les rapports conjugaux doivent cesser immédiatement, mais on donne un délai raisonable de réflexion au mari. S'il ne veut toujours pas se convertir, la séparation judiciaire s'ensuit.

(2) Le récit sur le nombre des Qainuqâ'a est suspect. Selon tous les chroniqueurs, le Prophète avait expulsé toute la tribu des Banû Qainuqâ'a, avant la bataille d'Uhud, par suite d'une guerre. Il se peut que quelques individus de cette tribu juive soient restés quand même à Médine, mais 700 combattant est un nombre impossible. (voir Hamidullah, *Le Prophète de l'Islam*, I, 383-384).

drapeau. Mais à notre avis on peut interpréter ce récit de deux façons: I° Le Négus d'alors était Musulman, comme il y a des récits pour le dire; [1] il était donc licite pour az-Zubair de combattre en sa compagnie. II° Il n'y avait aucun autre asile pour les Musulmans sinon ce Négus. Car on rapporte d'Umm-Salima qu'elle dit: "Nous nous étions réfugiés dans le territoire abyssin pour y trouver toute tranquillité. Nous étions alors dans un bon territoire, près d'un bon voisin (et protecteur), et engagés dans l'adoration de Dieu . Alors le Négus partit pour combattre un ennemi à lui. Jamais quelque chose d'aussi grave ne nous (y) était arrivé. Nous dîmes: Si celui-là l'emporte sur le Négus, il ne nous reconnaîtra pas le même droit que le Négus nous reconnaissait. Nous priions alors en toute sincérité pour que Dieu donne la victoire au Négus. Puis nous dîmes: Qui (d'entre nous) va aller prendre pour nous des
1410 nouvelles du peuple? Alors * az-Zubair Ibn al-'Auwâm de dire: Moi. Puis il souffla [2] dans une outre, monta dessus pour traverser le fleuve, et joignit le peuple. Az-Zubair resta présent avec eux, et nous continuâmes notre prière sincère, jusqu'a ce qu'il réapparût sur le Nil, faisant signe avec son étoffe, pour dire: Bonne nouvelle! Car Dieu avait donné la victoire au Négus, et Il l'installa solidement sur le territoire, et détruisit son ennemi. La narratrice, (Umm-Salima) ajoute: Puis nous restâmes chez le meilleur des voisins (et protecteurs)". Ce récit montre l'exactitude de l'interprétation que nous avons donnée. Et Dieu sait mieux.

1411 *** Chapitre (142)**

DE LA DÉSAPPROBATION QUI VISE LE PORT DES VÊTEMENTS DE SPIE À DESSINS ET DE SOIE DE COULEUR UNIE

• 2755. Ainsi dit (Chaibânî): Abû Hanîfa désapprouvait le port des vêtements de soie à dessins (**dîbâj**) et de soie de couleur unie (**harîr muşmat**) pendant la guerre; mais Abû Yûsuf et Chaibânî ne voient pas qu'il y ait à faire grief. Nous avons mentionné cette question dans notre commentaire d'**al-Mukhtasar (Mabsut,)**. (Chaibânî) cite ce récit rapporté par Abû Hanîfa: "Le Prophète a dit qu'il n'y avait pas à faire grief de porter de la soie de couleur unie et de la soie à dessins, pendant la guerre."

(Chaibânî) se tient donc aux apparences de ce récit. Mais Abû Hanîfa dit: Il faut interpréter ce récit en ce sens que (la seule soie licite pour les hommes du sexe masculin) c'est le tissu à trames de soie (**mulham**), c'est-à-dire, où la chaîne est d'une matière autre que la soie, tandis que la trame seule est de soie; pas de grief à porter un tel tissu pendant la guerre, bien que (pour les hommes) il soit désapprouver d'en porter en dehors de la guerre. En ce qui concerne le tissu où la chaîne est de soie, mais la trame d'une matière autre que la soie, pas de grief à le porter, que ce soit pendant la guerre ou en dehors de la guerre. Il faut donner le

(1) Cf. Hamidullah, op.cit., I, 199.

(2) Ainsi فنفخ dans le MS de Paris, la Ire éd. portant: تقنع

même sens au récit qui dit qu'az-Zubair portait en territoire belligérant un manteau ouaté de soie à dessins (**yalmaq ad-dîbaj**). Mais il s'agit de soie de couleur unie (dans le même cas), ceci est désapprouvé, car il est rapporté qu'al-Walîd Ibn Abî Hichâm écrivit à Ibn Muhairîz pour le questionner sur le port des manteaux ouatés de soie de couleur unie et de soie à dessins, et que l'autre répondit par écrit: "Sois aussi rigoureux que tu peux pendant la guerre, quand tu te présentes pour tomber martyr, évitant tout ce que le Prophète a interdit".

* Chapitre (143) 1412

DE CELUI QUI EST CONTRAINT DE BOIRE DE L'ALCOOL ET DE MANGER DU PORC

• 2756. (Chaibânî) cite un récit de 'Atâ' qui, à propos de quelqu'un qui avait été contraint de boire de l'alcool et de manger du proc, dit: "Si un tel homme résiste (**litt.**: ne le fait pas) jusqu'à se faire tuer, il aura atteint le Bien; mais s'il mange et boit, il sera excusé. (Chaibânî) ajoute: Nous ne nous tenons pas à cet avis, nous disons au contraire qu'il n'est pas licite d'abandonner le manger et le boire quand on oblige sous une menace de mort. C'est aussi l'avis de Masrûq, qui dit: "Quiconque se trouve dans la détresse et néanmoins ne mange ni ne boit et, par conséquent, meurt, celui-là entrera dans l'Enfer." Selon un récit, Abû Yûsuf se tient à l'avis de 'Atâ'. et déduit cette loi (sur les nourritures interdites) de son analogie avec la contrainte pour faire reconnaître des associés à Dieu-(chose qui est autorisée lors d'une contrainte, cf le Quran 16/106)-; mais nous disons que l'interdiction s'évanouit en cas de détresse , étant donné que Dieu a excepté, (dans Ses interdictions) les cas de détresse, et qu'Il a dit (Q.6/119): "... **Il vous a détaillé ce qu'Il vous avait, sauf contrainte, interdit...**" On sait que: excepter de l'interdiction, c'est permettre. Donc dès que leur interdiction s'évanouit, ces (repas interdits) rejoignent les choses bonnes à manger et à boire. Par conséquent, si quelqu'un s'abstient de s'en servir jusqu'à être mis à mort (par les ennemis), il commet un péché. Contraire est le cas des déclarations de mécréance, car là l'interdiction ne s'évanouit jamais, mais seulement le (Musulman) est autorisé à faire passer sur sa langue un mot de mécréance, du moment que son coeur demeure tranquille en la foi. Donc s'il s'abstient fermement (de déclarer la mécréance), il fait ce qu'il faut faire, mais s'il fait passer (sur sa langue un mot de mécréance), il fait ce qu'il a l'autorisation de faire. Se tenir ferme à ce qu'il faut faire est plus méritoire.

comm. Dans le livre (principal que nous commentons ici), Chaibânî n'a toutefois pas affirmé de façon absolue que celui qui mange et boit des choses interdites commet le péché. Au contraire il a dit: Je crains qu'il commette le péché. Car celui qui est contraint ainsi (pour le porc et l'acool), n'est pas tout à fait dans la même catégorie que celui qui est affamé (cf Q. 5/3), étant donné que dans ce dernier cas la cause excusée n'est de l'acte de personne, tandis que dans le cas de (la contrainte à avaler du porc et de l'alcool), la menace de mort a lieu par l'acte de l'homme. Or, en ce qui concerne le droit de Dieu (qui veut qu'on s'abstienne de ce

qu'Il interdit), ce qui a lieu par l'acte de l'homme n'est pas égal à ce qui a lieu sans l'acte de personne. En outre, si l'on s'abstient, malgré la contrainte de la part des mécréants, on montre la solidarité de sa foi et c'est une chose qui enrage les mécréants. Cela n'a pas lieu en celui qui est simplement affamé. C'est pourquoi la réponse dans ce dernier cas est correcte, quand (Chaibânî) dit "Je crains qu'il commette le péché". Et tout pouvoir provient de Dieu.

1413

* Chapitre (144)
DE CEUX QU'IL EST DÉSAPPROUVÉ DE TUER, D'ENTRE LES BELLIGÉRANTS, ET DE CEUX QU'IL N'EST PAS DÉSAPPROUVÉ DE TUER

• 2757. Nous avons déjà mentionné qu'on peut tuer, d'entre les (ennemis en guerre), celui qui combat, et non celui qui ne combat pas.

(Chaibânî) cite, parmi ceux qu'il ne faut pas combattre, les ermites et les moines qui errent dans les montagnes et évitent toute rencontre avec les gens.

• 2758. Abû Yûsuf rapporte: J'ai posé la question à Abû Hanîfa: Peut-on tuer les ermites et les moines? Il a été d'avis qu'il était bon de les tuer, car ils abandonnent tout pour s'accuper d'une espèce de mécréance et sont cause de tentation pour les gens; ils tombent donc sous le coup de cette parole de Dieu (Q. 9/12): "... **alors combattez les meneurs de la mécréance...**"

comm. Il faut interpréter ce récit (d'Abû Hanîfa) en ce sens que, si ces (religieux) fréquentent les gens-soit qu'ils sortent des (couvents) pour aller les voir soit qu'ils autorisent les gens à venir les voir-et s'ils les excitent à combattre les Musulmans, et à rester fermes dans leur religion (il faut les combattre). Au contraire, s'ils habitent dans une maison ou une église dont ils murent la porte par de la boue, et qu'ils deviennent ermites, alors on ne les tuera pas, car on a l'immunité vis-à-vis d'eux, étant donné qu'ils ne combattent ni par leurs personnes ni par leurs biens ni par leurs conseils. On ne tuera pas non plus, d'entre les (ennemis), l'aveugle, le perclus (**muq'ad**), le paralysé (**yâbis ach-chiqq**, celui dont le côté est devenu sec), ni même celui dont la main d'un côté et la jambe du côté opposé sont coupées et celui dont la seule main droit est coupée. Car pour ce qui est des combats, on a l'immunité vis-à-vis d'eux. A condition qu'il s'agisse de gens qui ne combattent pas au moyen de leurs biens ni de leurs conseils.

1414 • 2759. * Nous avons déjà mentionné que pareil est le cas du vieillard sur le point de mourir: s'il a un conseil à donner dans les affaires de la guerre, on le tuera. S'il [1] ya quelqu'un dont la main gauche est coupée, ou dont une des deux jambes est coupée, il n'y aura pas d'immunité pour lui. Car un tel peut continuer à combattre, étant donné qu'en général c'est par la main droite qu'on s'occupe des combats. Si la (main sauve) chez lui est la (main) correcte-(c.-à-d. c'est celle par

(1) A lire وإن ; la Ire éd. porte: دون

laquelle cet homme a l'habitude de frapper, peu importe que ce soit la main droite ou la main gauche)- et c'est de sorte qu'il peut toujours marcher (c.-à-d. ce sont la main et la jambe alternées qui sont coupées, et non que la main droite et la jambe droite soient coupées, ce qui empêchent de marcher), on le traitera comme un des combattant et on le tuera.

• 2760. En ce qui concerne le muet, le sourd et celui qui a les crisses de folie (**junûn**)-dont il revient par intervalles- on le tuera lorsqu'il est en son état normal (dans son bon sens).

comm. Car un tel homme fait partie de ceux qui combattent, du moment qu'il a un physique propre aux combats et qu'il a des croyances religieuses qui le poussent aux combats (avec les Musulmans). On le tuera donc pour repousser le mal qui provient de lui.

• 2761. Mais si un (Musulman) tue quelqu'un de ces catégories de non combattants, il ne lui incombe rien que de demander pardon à Dieu.

comm. Car un tel (non-combattant parmi les ennemis) ne jouit pas (1) de l'immunité, même si on ne craint pas qu'il participe aux combats.

• 2762. Quant aux prêtres (qissîs) et aux diacres (**chammâs**) ainsi qu'aux moines errants (**saiyâh**) qui fréquents les gens, pas de grief à ce qu'on les tue.

comm. Car ils font partie des combattants, soit par leur conseil soit par leur personne, quand l'occasion s'en présente. Il est donc licite de les tuer même si l'on n'a pas vu qu'ils aient combattu. La raison en est que le fait qu'ils aient effectivement combattu est une chose dont on ne peut pas avoir connaissance à tout moment et en tout lieu. Donc un physique propre (aux combats) jointe à une cause qui pousse un tel homme à (combattre), tient lieu de (combats effectifs), tant qu'aucun indice d'une présomption * prépondérante n'interdit (de conclure) qu'il a combattu. 1415

Si les Musulmans ont la force (la possibitilté) de capturer des garçons mineurs et des femmes, il ne faut pas qu'ils les laissent, mais qu'ils les fassent sortir vers notre territoire.

Car il y a là du chagrin et de la rage pour les mécréants. Et puis il y a un avantage pour les Musulmans, car ces (captifs) deviendront les esclaves (2) des Musulmans. En outre, cela coupera court au profit que tirent d'eux les mécréants. Et c'est à cela que fait allusion cette parole du Prophète: "... mais laissez vivre leurs bourgeons (enfants mineurs)" (cf. **supra** III, 182).

Quant au vieillard sur le point de mourir, dont on n'attend pas d'enfant, et qui n'est bon que pour la rançon qu'on en demande, le choix est laissé aux (Musulmans): s'ils le veulent, ils le captureront et s'ils le veulent, ils le laisseront. Car le but en le capturant n'est autre que de toucher l'argent de la rançon. Ils ont donc le choix au

(1) Ainsi معصوم dans le MS de Paris, le mot غير manque à la lre éd.

(2) Ainsi خولا selon le MS de Paris, la lre éd. portant: حولا

sujet des biens qu'ils peuvent obtenir de ce (vieillard), et ils le captureront s'ils le veulent, et ils le laisseront s'ils le veulent. Il en est ainsi parce que si leur devoir positif est de repousser le mal de la mécréance, l'acquistion des biens matèriels, sans être prohibée, n'est nullement un devoir positif imposé par la Loi (islamique).

Mais il ne faut pas que les (Musulmans) laissent un abberrant d'esprit (**ma'tûh**), s'ils sont capables de le faire sortir (avec eux). Car on peut espérer qu'il guérisse. En outre, il peut faire des enfants. Le laisser revient à aider les mécréants, comme c'est aussi le cas qu'on laisse des femmes et des garçons mineurs. On ne molestera pas les moines (**matarahhib**) qui ne fréquentent pas les gens. Car on n'attend pas d'eux qu'ils fassent des enfants, ce qui serait une aide pour les mécréants. Quant aux infirmes (**dhu'l-âfât**) qui ne participent pas aux combats, on ne les tuera pas, mais on les capturera et les fera sortir vers notre territoire. Car les laisser en terre de guerre, c'est renforcer les mécréants, étant donné que de tels (infirmes) peuvent coucher avec des femmes et (les) rendre enceintes. (1) Si on trouve, il ne faut pas les laisser sur le territoire de guerre. Il va de soi que toute personne qu'il est licite de tuer, on peut la capturer et la faire sortir (chez nous).

• 2763. Après qu'on les a fait sortir, l'affaire dépend du chef de l'Etat: il peut les réduire en esclavage s'il le veut, et il peut les mettre à mort s'il le veut. Mais quand il s'agit de quelqu'un qu'il n'est pas licite de tuer, si les (Musulmans) n'ont pas la capacité de le faire sortir (avec aux)- par exemple s'ils ne sont qu'un petit détachement de cavaliers-alors il faut le laisser et il ne faut pas le molester.

comm. Si la Loi interdit de le tuer, ce n'est pas dans le (seul) but de profiter de sa capture et de sa réduction en esclavage. Donc si l'on est incapable de le faire prisonnier, il ne devient pas licite de le tuer, étant donné que tuer un tel est interdit formellement par la Loi (islamique).

Toute chose, bêtes de guerre ou armes, qu'on est capable de faire sortir (comme butin), il est désapprouvé de la laisser sur le territoire ennemi, dès lors
1416 qu'on a eu la capacité de * la faire sortir. Car c'est ce dont les mécréants se renforceront pour combattre les Musulmans. Le statut légal de telles choses est comme celui des êtres humains.

• 2764. Quant aux bovins et aux ovins et aux biens d'usage courant, si les (Musulmans) le veulent, ils les feront sortir; et s'ils le veulent, ils les laisseront.

comm. Car habiteullement ce n'est pas de cela qu'on se renforce pour combattre. Ne vois-tu pas que ce sont les bêtes de guerre et les armements qu'il est interdit d'exporter chez eux, au contraire du reste des biens?

• 2765. Même si un ennemi venu dans notre territoire sous sauf-conduit acquiert quelque chose de ces (armements etc.), on lui interdira de le faire sortir avec lui vers le territoire de l'ennemi en guerre, au contraire du reste des biens.

---

(1) Ainsi فيلقحون selon le commentaire Taisîr de 'Aintâbî, la lre éd. portant: فيلتقين et le MS de Paris: فيلحقون

comm. Donc s'il est établi que les (Musulmans) ont le choix quant aux biens, il en sera de même quant aux très vieilles femmes dont on n'attend plus d'enfants-car il n'y a en ces vieilles femmes d'autre utilité (pour les Musulmans) que d'obtenir l'argent de la rançon. C'est pourquoi il est licite aux Musulmans, quand ils capturent une vieille femme ou un vieillard sur le point de mourir, de les libérer contre des biens de rançon, étant donné qu'il n'y a ni utilité ni dommage, pour les Musulmans, à les laisser sur le territoire ennemi. Toute personne que nous avons dit qu'il ne faut pas tuer-d'entre les infirmes etc.-si elle s'occupe effectivement des combats, ou y incite, ou s'il s'agit de quelqu'un à qui les (ennemis) obéissent et dont ils se soucient, (leur roi par exemple), alors pas de grief à ce qu'on le tue. Car en la mettant à mort, on brise la pointe (**chauka,** le pique) des ennemis et on délie leur unité, chose que cherchent (les Musulmans).

Cela au point que si le roi du peuple (ennemi) est mineur, ou si c'est une femme, ou un vieillard sur le point de mourir, pas de grief à ce qu'on le mette à mort. Car cela fait du chagrin et de la rage aux (ennemis), et cela délie leur puissance resistante. Su un moine (**râhib**) ou un moine errant (**saiyâh**) indique aux mécréants (ennemis) les points faibles des Musulmans, alors pas de grief à ce qu'on le mette à mort. Car il aide les mécréants par son action. Il est donc à l'instar d'un vieillard qui donne des conseils pour les combats. Pas de grief à ce qu'on tue un tel homme, étant donné qu'on tua Duraid ibn aş-Şimma (lors de la bataille de Hunain[1]: il était très âgé, mais donnait de bons conseils pour la guerre (cf. supra 35/v et 112).

• 2766. Si un Musulman rencontre son propre père, qui est mécréant (dans les rangs de l'ennemi), on désapprouvera qu'il le tue, car Dieu a dit (Q. 31/15): "**...sois-leur (=aux père-et-mère) cependant camarade ici-bas de façon covenable...**" Or ce ne serait point de la camaraderie que de se proposer de le tuer.

De même quand Hanzala Ibn Abî 'Amir et 'Abdallâh (ibn 'Abdallâh) ibn Ubaiy demandèrent au Prophète la permission de tuer leurs pères (respectifs), il le leur interdit, et cependant Abû 'Amir était un mécréant [2] et combattait le Prophète et, (d'autre part), Ibn Ubaiy était d'une hypocrisie manifeste et Dieu Lui-même a témoigné[3] de sa mécréance. Nous apprenons ainsi qu'on désapprouve qu'un fils se propose de tuer son père * même mécréant (lors de la guerre). Il en est ainsi parce 1417 que le père est la cause de la venue du (fils) à l'existence; on désapprouve donc que celui-ci devienne (**litt.**: s'acquière) le cause de l'extinction de celui-là. De plus, le père fait du bien au fils en l'éduquant; on désapprouve donc que celui-ci manifeste une telle méconnaissance de ce bien qu'il se propose de tuer ce (bienfaiteur).

---

(1) Sur cette bataille, voir Hamidullah, op. cit • 808-812

(2) C'était un moine chrétien. Sur lui, voir Hamidullah, "The Christian Monk Abu 'Amir of Medina" dans le journal Pakistan Historical Society, Karachi, Oct 1959 pp. 231-240.

(3) Allusion probablement au Quran 9/84

• 2767. Un exposé de cette (règle) se trouve dans le récit que fait Dieu (Q. 19/46-47) au sujet d'Abraham, lorsque le père de celui-ci lui dit: "... **si tu ne t'arrêtes, très certainement je te lapiderai; quitte moi donc, tant que tu as répit. Paix sur toi, dit (Abraham); je vais implorer pardon pour toi de mon Seigneur, Il a toujours eu de la sollicitude pour moi, vraiment!**" Mais si c'est le père qui doit tuer son fils, et qui se trouve dans une situation telle qu'il ne peut se défendre contre lui (le fils) qu'en le tuant, alors pas de grief à ce qu'il le tue.

comm. Car dans ce cas (d' infanticide") il n'y a pas méconnaissance d'un bien reçu de quelqu'un; le père ne cherche, au contraire, qu'à sauver sa propre vie en repoussant loin d'elle la destruction, et c'est ce qui lui est commandé. Dans notre commentaire d'**al-Jâmi' aş-şaghîr**(1) nous avons exposé la différence qu'il y a, à ce propos, entre les pères, les mères et les autres proches parents, d'une part, et les mécréants (non-apparentés) ainsi que les Musulmans rebelles d'autre part.

• 2768. Si les Musulmans capturent des esclaves (**sab'y**), ou encore un homme qui combattait en tant qu'esclave en compagnie des (ennemis) et qui a même tué certains des (Musulmans), mais qui a été émancipé (au moment de la capture), il ne faut pas les tuer après qu'on les a fait prisonniers.

comm. Car leur capacité de combattre s'évanouit, dans ces deux cetégories, quand on les fait prisonniers.

• 2769. Toutefois si les (Musulmans) ne sont pas en mesure de les faire sortir (vers le territoire islamique) et craignent qu'une fois abandonnés, de tels (prisonniers) ne retournent combattre les Musulmans, alors pas de grief à ce qu'on les tue.

comm. Car on n'a plus aucune immunité contre des combats venant d'eux.

---

(1) Voici ce que nous lisons dans le MS de son **Charh al-jâmi' aş-Şaghîr**, fol. 166/a (MS Bagdadli Vehbi 565, Istanbul), chapitre **siyar**: "En somme la différence est que , si deux causes d'empêchement se réunissent, il est interdit au (Musulman) de prendre l'initiative de tuer (son parent dans les rangs de l'ennemi), mais s'il n'y a qu'une seule cause d'empêchement, pas de grief à en prendre l'initiative. Ainsi chez le frère mécréant, il n'y a qu'une seule cause d'empêchement, à savoir la parenté, mais chez le père mécréant, il y a deux causes d'empêchement, la parenté et le fait que c'est lui qui a donné naissance (à ce Musulman). Quant au frère rebelle il y a deux causes d'empêchements, la parenté et l'Islam. Par ces explications, on voit bien la différence entre ces différents cas. (Chaibânî) dit à propos d'un Loyaliste qui tue un (parent) rebelle: Il en héritera-(codex: **lâ yarithuhu** mais le context exige qu'on supprime le mot **la**) -car tuer avec droit (un parent rebelle pendant la guerre) n'exige pas qu'on soit privé de l'héritage (de sa victime), comme c'est aussi le cas où l'on met à mort un proche parent à cause du talion qui se l'impose. La raison en est que c'est la mise à mort illicite qui prive un homme de statut libre de l'héritage (de sa victime). C'est à l'(instar de l'expiation, qui ne s'incombe pas si la mise à mort a été chose permise. Si le rebelle dit: "J'ai tué mon (parent) alors que je me sentais être dans le droit" mais maintenant je crois que j'ai eu tort alors", Je déciderai qu'il en hérite. Mais si contrebelle dit: "Le jour où je l'ai tué je savais que j'avais tort", on ne décidera pas qu'il en hérite, selon l'avis d'Abû Hanîfa et de Chaibânî; mais Abû Yûsuf dit: Je ne déciderai en aucun des deux cas que le rebelle hérite de (sa victime).- Ce détail sur la divergence d'opinion de maîtres-juristes sur ce point est un gain additionnel du présent ouvrage, car Chaibânî n'en a pas parlé dans son **Mabsût (al-Aşl)**.

• 2770. Il en est de ces deux catégories de prisonniers comme d'un chameau qui (vous) assaille et qu'on parvient à capturer et à empêcher de (vous) assaillir: si l'homme craint qu'une fois relâché, le chameau revienne comme il était, alors pas de grief à ce que l'homme le tue et en dédommage le propriétaire.

comm. Exactement comme au moment où le (chameau) assaillait. Car ce qu'on craint de ce (chameau enragé) est une chose qui a déjà eu lieu dans un passé (proche), donc la supposition est renforcée par ce qui a apparu auparavant. Donc on considérera ce qui s'est passé comme si cela existait à présent.

Ne vois-tu pas que si le roi du peuple (ennemi) est un adolescent et qu'on le capture, mais qu'on soit dans l'incapacité de le faire sortir (vers le territoire islamique), alors pas de grief à ce qu'on le mette à mort?

Car on l'abandonnait, il y aurait crainte qu'il cause de la destruction aux Musulmans,-ceci, compte tenu de l'avis prépondérant. Or on sait que quand on ne peut pas savoir exactement la vérité d'une chose, on fonde son jugement sur l'avis prépondérant.

• 2771. (Pour en revenir au premier cas), supposons que les Musulmans soient en sécurité vis-à-vis de ces deux catégories de prisonniers, mais qu'ils ne soient pas assurés, si un autre détachement (musulman) se rendait chez ces (esclaves), que ceux-ci ne les combattront pas et ne parviendront pas à en tuer, les Musulmans (du premier détachement) peuvent néanmoins les laisser partir.

comm. Car de fait ils sont en sécurité contre toute trahison de la part de ces deux catégories de prisonniers, tandis que l'arrivée d'un autre détachement (musulman) après leur propre départ est purement hypothétique (**mauhûm**): car cet autre détachement peut venir dans cette région ou dans une autre région (du territoire ennemi). C'est pourquoi ils ne doivent pas, sur la supposition d'une chose hypothétique, attenter à la vie de ceux qu'il est interdit de tuer.

• 2772. A supposer qu'un ermite descende de son couvent (**ṣauma'a**) pour se rendre dans une ville des (ennemis), et que les Musulmans le capturent en route ou même dans la ville, s'il dit: "J'ai quitté (le couvent) pour vous fuir, craignant pour ma vie", alors il leur est loisible de ne pas le croire et de le mettre à mort.

comm. * Car ils l'ont trouvé dans un endroit où il se mêlait aux combattants 1418
d'entre les (ennemis). Certes on ne tue pas quelqu'un qui ne fréquente pas les gens, mais si l'un de ces (ermites) fait voir quelque chose de contraire, alors pas de grief à ce qu'on le tue. En effet son excuse est suspecte; [1] donc on peut ne pas le croire.

• 2773. Certes, s'il vient à l'esprit (**litt.** : coeur) des Musulmans que cet (ermite) dit la vérité, alors il leur est recommandé de ne pas le tuer; mais ils le prendront comme prissonnier de guerre.

comm. Car l'avis prépondérant est comme la certitude, dans les choses où on se base sur la précaution. Or telle est la peine de mort (et l'accusé a le bénéfice du

(1) A lire متّهم comme chez 'Aintâbî, la 1re éd. portant: منهم

doute), eu égard au fait que, dans ce cas, si l'on commet une erreur, il n'est plus possible de la réparer. Puis, le but est atteint en faisant prisonnier cet (ermite).

• 2774. Si l'on trouve un tel (ermite) dans une église, ou même dans un monastère (**dair**) mais dont la porte n'a pas été murée de manière à l'isoler du monde entier, alors pas de grief à ce qu'en le mette à mort.

comm. Pour la raison que nous venons d'évoquer, à savoir que, si les gens peuvent fréquenter ces (ermites) et agir selon l'avis qu'ils leur donnent, alors ceux-ci sont des "meneurs de la mécréance" (cf. Q. 9/12); et si on les tue, on brise la puissance des mécréants (ennemis).

• 2775. Si les Musulmans se rendent chez un ermite dans son couvent (ṣauma'a) et lui demmandent d'indiquer le chemin ou les traces des ennemis en guerre et si l'(ermite) dit: "Je le sais, mais je ne vous en informerai pas, car je n'informe pas non plus (vos ennemis) de vous", alors les Musulmans ne doivent pas le molester, car il fait voir par ce qu'il dit la cause pour laquelle il est obligatoire de ne pas le molester, à qu'il s'est coupé complètement de fréquenter les gens, de s'occuper de leurs affaires, de se soucier de leur amitié ou de leur inimitié. Certes si cet (ermite) leur indique le chemin, mais qu'ils trouvent qu'il les a trahi-et que ce soit évident aux Musulmans-alors pas de grief à ce qu'on le mette à mort ou qu'on le fasse prisonnier.

1419 **comm.** * Une autre raison est que, par cette trahison, il montre qu'il a un penchant pour les mécréants et de l'inimitié pour les Musulmans étant donné qu'il leur indique quelque chose où il y a de la perdition pour eux, alors qu'ils lui avaient demandé de leur indiquer le chemin d'un voyage qui serait cause de salut pour eux.

• 2776. Si les Musulmans voient un ermite abyssin (1) dans son couvent (**ṣauma'a**) alors que le pays (**litt.** : peuplade) est grec (**Rum**), et s'ils trouvent cela anormal (**istankarû**) alors ils doivent lui demander de quoi il s'agit;-

comm. Car il y a doute à son propos. Or la voie pour dissiper le doute est de demander. Comme dit cette parole de Dieu (Q. 16/43, 21/7) "**Demandez donc aux gens qui se rappellent, si vous ne savez pas**". En outre, en lui demandant il y a l'avantage qu'on puisse accepter l'explication qu'il va faire, si rien de suspect ou de traître ne paraît dans sa parole. Puis s'il dit: "Je fais partie des Chrétiens d'Abyssinie (2) et je me suis installé ici comme ermite" , les (Musulmans) ajouteront foi à la parole et ne le molesteront pas.

comm. Car ce dont il informe est susceptible (c.-à-d. d'être vrai).

• 2778. Mais s'il dit: "J'étais l'esclave d'un Musulman, J'étais chrétien et, devenant ermite, Je me suis installé ici", alors on le saisira et on le rendra à son propriétaire.

---

(1) Ainsi حبشيا selon le MS de Paris, la lre éd. portant: حبشا

(2) Ainsi نصارى الحبش selon le MS de Paris, l'éd portant: نصار الحبش

comm. Car il avoue être un esclave en fuite. Or quiconque trouve la possibilité de rendre un esclave en fuite à son propriétaire, il lui incombe de le faire.

• 2779. Et s'il dit: "Les ennemis en guerre m'ont fait prisonnier puis m'ont émancipé, et ensuite je me suis fait ermite", on ne le croira pas (quant à l'émancipation) mais on le saisira et on le rendra à son propriétaire d'origine. Car il avoue être esclave et la propriété de son maître d'origine, tout en ajoutant quelque chose qui ne fait pas s'évanuir ce titre de propriété. Voilà pourquoi on n'ajoutera pas foi à son affirmation, à moins d'une preuve. Ce sera à l'instar d'un esclave qui prétendrait que son maître l'a émancipé.

• 2780. Mais s'il dit: "J'étais un esclave musulman, j'ai embrassé le Christianisme et suis devenu ermite", ce sera un aveu d'apostasie. On lui présentera donc l'Islam et s'il le refuse, on le punira de mort; et s'il embrasse de nouveau l'Islam, on le rendra à son maître d'origine.

S'il y a des combats entre les Musulmans et les mécréants (ennemis) et si les mécréants sont mis en déroute et que les Musulmans trouvent des mécréants blessés, alors pas de grief à ce qu'on les achève, même si l'on sait qu'il ne guériraient pas de leurs blessures. Car ce sont des combattants, et seules leurs blessures les empêchent de s'occuper des combats. Pas de grief donc à ce qu'on les tue, à l'instar des prisonniers qui sont garrottés en nos mains. Mais si les (Musulmans) le veulent, ils peuvent les lassier jusqu'à ce qu'ils goûtent la mort (par leurs blessures): les (Musulmans) ont toute liberté.

comm. Car dans chacune de ces deux alternatives (**litt.**: côté, **jânib**), il y a satisfaction pour les coeurs des Musulmans. On se fonde, à ce propos, sur le récit que voici, de Muhammad Ibn Maslama. Celui-ci avait lancé un défi à Marhab lors de la bataille de Khaibar, et il lui avait donné un coup qui lui avait amputé les deux jambes. Alors Marhab: "Achève-moi, ô Muhammad". Et lui: "Non! pour que tu goûtes la mort comme l'a goûtée mon frère Mahmûd". Par la suite 'Alî passa par là et acheva, puis s'en alla. Mais le Prophète donna les dépouilles des armes de Marhab à Muhammad Ibn Maslama. Or s'il y avait eu pour Marhab un espoir quelconque de
survie, Muhammad ne lui aurait pas dit: "Non! pour que tu goûtes la mort * comme 1420
l'a goûtée mon frère Mahmûd" et le Prophète ne lui aurait pas remis les dépouilles de ses armes, en en privant 'Alî. C'est 'Alî qui l'avait achevé tout en le trouvant dans cet état (de mortellement blessé), et le Prophète ne désapprouva pas son acte; de même Muhammad Ibn Maslama s'abstint de l'achever, et le Prophète ne le désapprouva pas non plus. Nous apprenons ainsi que toutes ces (façons de faire) sont légitimes.

Ce qui explique cela, c'est qu'il n'y a pas à faire grief de faire prisonnier ce blessé et de le (réduire en esclavage et de le) distribuer en tant que butin tant qu'il n'est pas mort. On sait que le chef de l'Etat musulman a le droit de mettre un prisonnier à mort ou de le laisser. Il en est donc de même ici aussi.

• 2781. Si les Musulmans trouvent un malade dans un des fortins des (ennemis), alors pas de grief à ce qu'on l'achève.

comm. Car la maladie l'empêche de combattre, mais ne le fait pas sortir de sa qualité de combattant; et de plus, sa maladie est appelée à disparaître. Il est donc à craindre que celui-là combatte les Musulmas (par la suite).

• 2782. A moins qu'on ne sache pour certain qu'avec cette maladie il ne vivra pas-tout au moins si l'avis prépondérant le dit-alors il ne faut pas le tuer.

Car alors on ne craint plus de combats de sa part, et sa condition est comme celle d'un vieillard sur le point de mourir.

• 2783. Si les Loyalistes (musulmans) mènent des combats contre des rebelles et les dominent, et que parmi les prisonniers se trouvent quelques blessés, il faut distinguer: Si ces (rebelles) ont des régiments où se replier,(1) alors pas de grief à ce qu'on les achève.

comm. Car dans ces conditions les blessés sont comme les prisonniers. Or on peut les tuer en tant que prisonniers et on peut les poursuivre en tant que fuyards, s'il subsiste des (poches de résistance pour eux). De même donc on peut les achever en tant que blessés.

• 2784. A moins que la blessure soit telle qu'on ne craint plus de survie pour ce (blessé). Alors il est désapprouvé de le tuer.

comm. Car on ne craint plus de combats de sa part et on ne craint plus qu'il se réfugie dans un régiment qui lai'de contre les Loyalistes. Sa condition sera comme celle des soldats qui sont mis en déroute et n'on aucun régiment à se réfugier: dans un tel cas on ne les tue pas en tant que prisonniers, et on ne les poursuit pas en tant que fuyards. De même donc il ne faut pas les achever en tant que blessés. Le point qui différencie les rebelles et les ennemis (non-musulmans) en guerre, à ce propos, c'est que, pour ceux-ci, la cause appelant à la guerre, (à savoir, leur mécréance) persiste même après qu'ils ont été défaits sans avoir de régiments où se replier; tandis qu'une pareille chose ne persiste pas chez les(2) rebelles, étant donné que ce sont des Musulmans n'ayant pas les mêmes motifs,(3) et que ce qui les pousse à combattre (le gouvernement établi) c'est la possibilité de trouver secours dans un régiment et sous une puissance résistante; mais dès que cela s'évanouit il n'est plus licite de les tuer.

1421 • 2785. * Si les Musulmans rencontrent un aberrant d'esprit (**ma'tûh**) d'entre les ennemis en guerre, qui ne sait pas combattre et ne sait pas non plus le sens de ce qu'il fait lui-même, donnant des coups, avec l'épée qu'il a en main., à quiconque s'approche de lui, que ce soit un Musulman ou non, alors je préfère que les Musulmans ne le tuent pas, mais qu'ils le saisissent pour l'empêcher de faire cela.

comm. Car cet homme n'a aucune intention de combattre. Or il est licite de

---

(1) A lire وللقوم فيئة يلجئون , au lieu de القوم فيئة لا يلجئون le l'éd. Nous suivons le MS de Paris.

(2) Le passage *_* manque à l'éd., ajouté d'après le MS de Paris: فى حق اهل الحرب، وان انهزموا ولم يبق لهم فيئة، وذلك اعتقاد الشرك. فما في حق اهل البغيى

(3) A lire: الإعتقاد comme dans le MS de Paris, et non الإسلام comme dans la 1re éd.

tuer quiconque a l'intention de combattre, ou qui est poussé à le faire par sa religion. Mais celui-ci frappe quiconque s'approche de lui, que ce soit un Musulman ou un mécréant. Nous apprenons ainsi que ce n'est pas sa religion qui le pousse à faire cela. A ce moment sa condition sera donc comme celle d'une bête: tant qu'elle ne frappe personne en particulier, mais qu'elle frappe ce qui s'approche d'elle, alors il n'est pas licite de la tuer. Sauf si elle assaille un Musulman et le réduit à la détresse, alors pas de grief à ce qu'il la tue. Pareil est le statut de cet aberrant d'esprit aussi.

• 2786. Toutefois il y a cette différence que, dans le cas de la bête (enragée), les dommages pour sa valeur incomberont à celui qui la tue, en faveur de son propriétaire musulman, chose qui n'existe pas au sujet de l'aberrant d'esprit d'entre les ennemis en guerre.

• 2787. Si les (Musulmans) rencontrent quelqu'un qui possède une épée avec laquelle il combat et qui, apercevant (**litt.**: sentant) les Musulmans se donne pour fou, alors si les Musulmans ont l'opinion que c'est un fou, ce sera comme il vient à leur esprit (**litt.**: coeur).

comm. Car lorsque tous les autres indices pour se rendre compte de la vraie condition de quelque chose manquent aux Musulmans, il leur faut procéder selon l'avis prépondérant. C'est comme quand on manque d'indices pour déterminer la direction de la Ka'ba, pour l'office de prière. Nous avons déjà mentionné que, quand il n'est pas possible de se rendre compte de la vérité d'une chose, l'avis prépondérant tient lieu de vérité.

• 2788. S'il vient à leur esprit que cet homme est fou et qu'ils le fassent prisonnier, et si par la suite il se manifeste à eux qu'il est sain d'esprit, alors pas de grief à ce qu'on le mette à mort.

comm. Car faire quelqu'un prisonnier n'est pas lui donner l'aman de la part des (capturants). Ne vois-tu pas que s'il était sain d'esprit au moment de la capture, les Musulmans auraient la faculté de décider sa mise à mort? Il en sera de même donc s'ils le font prisonnier dans une condition où son état est douteux.

Si les (Musulmans) capturent un garçon adolescent sans savoir s'il est pubère
ou non, certains (juristes) pensent, comme nous l'avons déjà mentionné, que l'indice
serait, ici, la pousse des poils sur la partie secrète; et ils tirent argument d'un récit
sujet des (prisonniers des) Banû Quraiza (cf § 962). L'avis admis dans notre école
(hanafite) est que cette (pousse) ne paut pas être prise pour critère car, là-dessus, les
conditions varient selon les peuples. Il ne faut donc pas * tuer un (adolescent) tant 1422
qu'on ne sait pas qu'il a quinze ans révolus, ou qu'il a déjà eu des rêves mouillés. A
ce propos, on prend en considération la vraie condition de l'(adolescent) et non l'avis
prépondérant (du juge de tribunal).

Car la minorité de cet (adolescent) est connue avec certitude, et la certitude ne s'évanouit que par une certitude pareille. Quant à la folie de ce prisonnier avant sa capture, elle n'est pas chose connue avec certitude; on prend donc en considération, ici, la prépondérance de l'avis.

• 2789. Mais s'ils le capturent alors qu'il n'est pas encore majeur, puis qu'on séjourne si longtemps sur le territoire ennemi qu'il devienne majeur et homme fait, alors il ne sera pas licite aux (Musulmans) de le mettre à mort.

comm. Car on l'a capturé alors qu'il était de ceux qu'il ne faut pas tuer. En d'autre termes, il n'était pas du nombre des combattants, à un certain moment (c.-à-d. au moment de la capture), étant donné qu'ils l'ont capturé alors qu'il n'était qu'un jeune gamin; et un jeune gamin n'est pas un combattant. Et après qu'il a atteint la majorité, il fera partie des butins des Musulmans, à l'instar des autres esclaves capturés qui ne combattent pas les (Musulmans mais qui rendent seulement service à leurs maîtres). Contraire est la situation de celui qui se donne pour fou mais qui, après sa capture, apparaît comme étant sain d'esprit. Car il est manifeste que cet homme faisait partie des combattants avant sa capture, et qu'il réussit, par cette ruse, pour échapper à la mort. Cela au point que si le prisonnier est aberrant d'esprit et captif en la main des Musulmans, il ne leur sera pas licite de le tuer. La raison en est celle à laquelle nous avons fait allusion au sujet du garçon mineur.

Mais si cet adolescent ou ce fou tue un Musulman après que respectivement il est devenu majeur ou guéri de sa folie, le chef de l'Etat musulman le mettra à mort, en vertu du talion.

Car maintenant il est responsable de ses actes, comme les autres esclaves des Musulmans.

1423 **• 2790.** * Si cet (ennemi non-combattant) combat les Musulmans après être devenu majeur ou après avoir guéri, mais avant d'être fait pirsonnier, et qu'ensuite on le capture, alors pas de grief à ce qu'on le mette à mort, même s'il n'a aucun (Musulman). Car il faisait partie des combattants, étant donné qu'il se trouvait protégé par la puissance résistante vis-à-vis des Musulmans.Mais si, après avoir atteint sa majorité en la main des Musulmans, il livre des combats (contre les Musulmans), sans toutefois parvenir à tuer personne, alors on le punira par des coups pénibles, mais on ne le mettra pas à mort. Ce sera à l'instar des autres esclaves des Musulmans quand ils veulent combattre les Musulmans sans toutefois parvenir à tuer personne. Il en sera de même si celui qui fait cela est un des prisonniers de guerre souffrant d'infirmité (**dhawi al-âfât**).

comm. Car une fois qu'on l'a ramené en territoire islamique dans l'état de non-combattant, sa condition est comme celle d'un ennemi en guerre qui se rendrait (chez nous) sous sauf-conduit et qui livrerait des combats sur le territoire islamique sans pour autant parvenir à tuer personne.

• 2791. Si les Musulmans dominent un groupe d'agriculteurs (**harrâth**, je préfère qu'on les fasse prisonniers plutôt que de les mettre à mort.

comm. Car en fait de guerre, ces (agriculteurs) sont comme des serviteurs [1] étant donné qu'ils ne livrent pas de combats et ne s'y intéressent pas. Si on les fait

---

(1) A lire « العسفاء » au lieu de « النساء » que porte la lre éd. et l'auteur y revient sur IV , 79.

prisonniers, ils peuvent être de quelque utilité pour les Musulmans, se chargeant de faire des travaux d'agriculture pour les Musulmans.

• 2792. Mais malgré cela, si on les met à mort, il n'y a pas à en faire grief.

comm. Car ces gens sont doués d'un physique propice aux combats; et l'agriculture n'est pas une chose astreignante: parfois on abandonne l'agriculture pour devenir combattant; au contraire de la féminité (qui ne peut pas être remplacée).

• 2793. Si on rencontre un groupe de gens ivres, pas de grief à ce qu'on les tue pendant leur ivresse, même si elle a emporté leur raison.

comm. * Car l'ivrogne a le même statut qu'un homme à l'état normal. L'indice, 1423
ici, est constitué par ses autres dispositions. A cause de l'ivresse on ne sort pas de la qualité de belligérant contre les Musulmans. Pas de grief donc à ce qu'on le mette à mort.

• 2794. Si les Musulmans entrent par la force dans une des villes des mécréants (ennemis), alors pas de grief à ce qu'ils tuent les hommes qu'ils rencontrent.

comm. Car il s'agit là d'un lieu de combats. Donc qui que ce soit qu'ils y trouvent est, apparemment, un combattant. Rien d'autre: On fonde la règle sur les apparences jusqu'à ce qu'apparaisse le contraire.

• 2795. Sauf si les (Musulmans) voient quelqu'un qui a la marque (**sîmâ'**) d'un Musulman ou d'un Dhimmî (sujet non-musulman) des Musulmans, alors il leur faut scruter d'abord son affaire jusqu'à ce que soit établi sa condition.

comm. Car c'est un principe que de juger sur la base des marques, dans les cas où on ne peut pas se rendre compte de la vérité de la chose. Dieu a bien dit (48/29): "...**leur marque est sur leurs visages** ..." Et encore (2/273): "**tu les reconnaîtras à leurs traits**..." De même (55/41): "... **On reconnîtra les criminels à leurs traits**.." Quand on commet une erreur dans l'application de la peine de mort, c'est irrémédiable, tandis que si les Musulmans reportent la peine de mort jusqu'à ce que la chose soit démontrée, rien n'échappe aux Musulmans. C'es pourquoi il leur faut scruter l'affaire d'un tel homme jusqu'à ce qu'elle leur soit démontrée. Il en est ainsi parce que bien que les marques soient équivoques (**litt.**: susceptibles, c.-à-d.à double entente), elles ne sont quand même pas moins sûres que l'information donnée par un pervers. Or, même là, on nous a commandé de scruter (cf Qur'ân 49/6: "**Si un pervers vous rapporte une nouvelle, alors, cherchez la preuve...**"). A plus forte raison donc ici.

• 2796. Et s'ils rencontrent dans les rangs des (ennemis) un groupe de Musulmans portant des armes, et qu'on ne sache pas si ceux-ci se trouvent sous contrainte ou non, alors je préfère qu'on ne se hâte pas de les combattre avant de le leur avoir demandé, si c'est possible; et si cela n'est pas possible, alors il faut s'abstenir, vis-à-vis d'eux, jusqu'à ce qu'on les voie livrer des combats contre un

quelconque des (membres de l'armée musulmane). Dans un tel cas, pas de grief à ce qu'on les combatte et les tue.

comm. Car en principe leur identité de religion avec les (Musulmans) devait
1424 les empêcher de * combattre contre eux. Et ici les Musulmans ont su que les autres livrent des (combats).

• 2797. Donc tant que le contraire ne sera pas établi, il n'est pas licite aux (membres de l'armée musulmane) de les tuer, étant donné que le fait de se trouver dans les rangs des mécréants (ennemis) ne suffit pas à lui seul à établir le contraire.

comm. Car cet état de choses est à double entente: il se peut qu'on ait contrait ces autres (Musulmans), mais il se peut aussi qu'ils s'y trouvent de bon gré. Le mieux serait donc de s'abstenir de les combattre jusqu'à ce qu'il apparaisse que ces (Musulmans dans les rangs de l'ennemi) livrent des combats; auquel cas il n'y aura pas de grief à faire à ce qu'on les combatte. Car s'occuper de combats sous le couvert de la puissance résistante des mécréants (ennemis), cela rend licite l'effusion du sang de ces combattants, même si ce sont des Musulmans. Ne vois-tu pas qu'on combat les rebelles pour repousser leurs combats, même si ce sont des Musulmans? Donc quand cette cause (de se trouver dans les rangs des ennemis et de combattre l'armée musulmane) a lieu, il n'est plus interdit de les tuer. Car le plus qu'on puisse dire, c'est qu'ils ont été contraints à ce comportement. Or quand quelqu'un veut sous la contrainte commettre un meurtre, il est licite à celui qui est visé par ce meurtre de tuer l'autre quand celui-ci veut le tuer.

• 2798. A supposer que ces (Musulmans dans les rangs ennemis) aient des épés dégainées et que les membres de l'armée musulmane soient si peu nombreux que s'ils laissaient les autres attaquer les premiers, ces autres pourraient tuer les (membres de l'armée musulmane), et si en outre l'avis prépondérant est que ces gens-là ne sont pas sous contrainte, alors pas de grief à ce qu'on les combatte. Car leur condition, en ce cas, est comme celle d'un individu qui entre dans la maison d'autrui, pendant la nuit, en tirant son épé, et que le maître de la maison ait des doutes sur ses intentions, (il peut le tuer). (Chaibânî) tire argument d'un récit sur 'Alî. Quand celui-ci dut combattre les habitants de Baṣra (ses adversaires, mais Musulmans), il donna comme instruction: "Ne commencez pas de les combattre avant qu'ils vous combattent." Le but de (Chaibânî), par cette argumentation, est de montrer que si certains d'entre eux combattent, c'est comme si tous combattaient, et cela rend licite qu'on les combatte tous.

• 2799. Mais si un Musulman (membre de l'armée musulmane) tue l'un de ces (Musulmans dans les rangs d'ennemis), après qu'on les a vus combattre, puis que la preuve soit établie sur le témoignage des Musulmans que les ennemis en guerre avait fait sortir ce Musulman-là sous contrainte, alors pas de prix du sang à payer de la part de la compagnie d'assurance du (meurtrier), ni d'expiation.

comm. Car ce (meurtrier) a tué quelqu'un qu'il aurait été licite de tuer, même si l'on avait su sa condition (de combattant sous contrainte). Or l'effusion d'un sang qu'il est licite de réprendre n'entraîne ni prix du sang ni expiation.

• 2800. Si les (Musulmans) mettent le feu à un des bateaux des mécréants (ennemis), ou le font couler, cependant qu'il s'y trouve quelques Musulmans, * alors 1425
pas du prix du sang ni d'expiation, de la part des Musulmans (de l'armée musulmane).

comm. Car ils se sont occupés d'un acte qui leur aurait été licite de par la loi, même si l'on avait su ce fait (qu'il y avait quelques Musulmans sur le bateau ennemi).

• 2801. Il en est de même si les (ennemis) se servent d'enfants musulmans comme de bouclier et que les tirs des Musulmans les atteignent. Toutefois il est préférable, pour les Musulmans, de ne pas viser délibérément ces autres (enfants musulmans) par leur tir.

comm. Car s'il leur est possible d'éviter en fait que le tir atteigne les (enfants) musulmans, il est de leur devoir de l'éviter. Mais si cela leur est impossible, il faut que les (soldats musulmans) évitent de le faire (au moins) par acte délibéré et par intention, ce qui leur est toujours possible.

• 2802. En effet s'il était obligatoire pour les (soldats musulmans) de s'abstenir de les (combattre) à cause de cet empêchement, ils ne sauraient jamais dominer les (ennemis).

comm. Car toutes les fois que les occupants (ennemis) d'un fortin ou d'un bateau se sentiraient en danger, ils placeraient dans cet endroit-là un des prisonniers musulmans, et ainsi il deviendrait impossible aux (Musulmans) de combattre les (ennemis). Cela n'est pas permis. Ne vois-tu pas ceci? Si, avec les (ennemis), il y a dans le bateau leurs femmes et leurs enfants, il n'y a pas de grief à ce qu'on incendie ou qu'on fasse couler ce bateau, malgré le fait qu'il n'est pas licite de tuer leurs femmes et leurs enfants. Il en sera donc de même si dans cet endroit il y a des Musulmans ou des Dihmmîs. Et Dieu sait mieux la vérité et tout pouvoir provient de Lui.

* Chapitre (145) 1426

DE CELUI QU'ON DÉSAPPROUVE DE PARTIR EN EXPÉDITION MILITAIRE, ET DE CELUI QU'ON NE DÉSAPPROUVE PAS

• 2803. Ainsi dit (Chaibânî): Si quelqu'un d'endetté veut partir dans une expédition militaire alors que son créancier est absent, et si le débiteur a de quoi, (avec ses épargnes), rembourser sa dette, pas de grief à ce qu'il parte en epxédition (1) et qu'il fasse un testament, où il chargera quelqu'un de payer sa dette sur les biens qu'il laissera s'il lui arrive quelque chose (**litt.**: la mort, **hadath**).

comm. Car le droit du créancier porte sur l'équivalent (**litt.**: le genre, **jins**) de

(1) Il veut sans doute dire que le prêt, bien qu'à la disposition du débiteur, reste la propriété du créancier. Mais c'est douteux, avant l'échéance du paiement.

la dette dans les biens du débiteur, et non sur la personne du débiteur. Or par une telle sortie en expédition, rien de son droit ne lui échappe, étant donné que quand il aura le droit (à l'échéance), de demander paiement de la dette, il pourra le faire sur la personne chargée par le débiteur, de la même façon qu'il aurait pu le faire sur la personne du débiteur lui-même. (Chaibânî) a employé ici le terme "testament", car celui qui sort en expédition militaire "se vend lui-même pour la recherche de l'agrément de Dieu" (cf Q. 2/207) et du fait qu'il sort de cette façon, il s'offre à être tué (**litt.**: s'offre au martyre).

• 2804. Et puis, si les biens sont en fait la propriété du débiteur, ils sont en droit la propriété du créancier.(1) Donc l'impôt sur les épargnes (**zakât**) grèvera de ce chef le créancier, et non le débiteur. Par conséquent le débiteur deviendra dans ce cas (du testament) comme un dépositaire qui garde les dépôts des gens. Voilà pourquoi il n'y a pas à lui faire grief de changer de ces biens quelqu'un, au moyen d'un testament, pour les remettre à qui de droit et de partir lui-même en expédition militaire. (Si c'est ainsi pour le dépôt), il en sera de même pour la dette. Vois-tu? Si quelqu'un emprunte quelque chose et, sans avoir en main aucun autre bien que cet emprunt, s'il décide de partir en expédition, est-ce qu'il ne doit pas faire un testament, où il chargera quelqu'un de rendre ces biens au créancier au moment où celui-ci se présentera (pour exiger paiement) pour partir ensuite en expédition? Si un
1427 homme a * le droit de partir en voyage pour affaires ou pour un pèlerinage (**hajj**), tout en étant encombré d'une dette, et pourvu qu'il ne fasse pas perdre par ce voyage le droit de Dieu, à plus forte raison il pourra partir en expédition militaire. Certes s'il n'a pas les moyens de rembourser sa dette, le mieux serait qu'il reste chez lui et tâche de payer sa dette.

comm. Car payer sa dette est son devoir positif, tandis que partir en expédition militaire, quand il n'y a pas de levée en masse (**nafîr 'âmm**), n'est pas un devoir impératif. Il est donc préférable qu'il s'occupe de gagner quelque chose pour pouvoir faire tomber le devoir impératif qui le grève (du fait de la dette). C'est un principe bien connu que, quand plusieurs devoirs s'imposent à la fois, il faut commencer par le plus important d'entre eux. Or payer sa dette est plus important que de partir en expédition militaire, comme le dit cette parole du Prophète: "... il sera hypothéqué par sa dette, même dans son tombeau, tant que quelqu'un ne l'aura pas payée de sa part." Le Prophète a dit aussi à 'Alî, un jour que ce dernier s'était chargé bénévolement de payer la dette de la part d'un défunt: "C'est maintenant que sa peau se rafraîchit pour lui".

• 2805. Mais s'il part en expédition sans demander l'autorisation de son créancier, c'est chose désapprouvée, comme le serait le voyage du pèlerinage, pour celui qui partirait sans laisser quelque chose de suffisant pour ses dépendants restés à la maison. C'est chose désapprouvée. A plus forte raison ici (dans le cas de la dette). Car les frais d'entretien des dépendants s'imposent graduellement, tandis que le remboursement de la dette s'impose tout de suite et d'un seul coup. Si le créancier

(1) Il s'agit partout, dan ce chapitre, de volontaires.

l'autorise à partir en expédition, sans toutefois le décharger de la dette, dans ce cas aussi il est préférable qu'il tâche de payer d'abord sa dette.

comm. Car cette autorisation de sortir en expédition ne lui ôte en rien de sa dette. Donc mieux vaut qu'il pense à ses devoirs et commence par celui qui est le plus obligatoire.

• 2806. Toutefois s'il sort en expédition, dans ces conditions, il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car il était du droit du créancier de l'empêcher de partir. Or il lui a agréé de faire tomber son propre droit. Pas de grief donc à ce que l'autre parte. Cela à l'instar d'un esclave que son maître autorise à aller à la mosquée pour l'office du vendredi: pas de grief à ce qu'il aille le célébrer; (assister à l'office du vendredi est obligatoire pour l'homme libre, et non pour un esclave).

• 2807. Il en sera de même si la dette est à terme et si le (débiteur) sait par la voie des apparences (= en toute vraisemblance) qu'il sera de retour avant l'échéance du paiement: mieux vaut qu'il tâche * de payer d'abord sa dette. Mais s'il sort en 1428
expédition, il n'y a pas à lui en faire grief;-

comm. Car le créancier n'a pas le droit de l'en empêcher avant l'échéance du terme. Car (son droit de l')empêcher se fonde sur le fait qu'il peut lui demander de payer la dette. Or cela n'a pas lieu tant que le délai subsiste encore. Donc ce débiteur (sans autorisation de la port du créancier) et cet autre, qui bénéficie de l'autorisation, sont pareils;-

• 2808. En faveur de l'avis selon lequel il est mieux de rester à la maison, (Chaibânî) tire argument de cette parole du Prophète: "Etre tué dans le sentier de Dieu est expiation pour tout péché", à quoi le Prophète ajouta ensuite: "'sauf pour la dette, car on en sera tenu pour responsable, comme Gabriel me l'a précisé". Si le débiteur réfère (le créancier) à un tiers, et que ce tiers doive à la personne qui réfère, autant que la dette en question, alors pas de grief à ce que le débiteur sorte en expédition militaire.

comm. Car, par cette référence, il est quitte de sa responsabilité vis-à-vis du bénéficiaire de la (le créancier). Puis quand le référé aura payé au bénéficiaire de la référence ce que de droit, ce dernier n'aura plus le droit de recourir en quoi que ce soit au débiteur originel.

• 2809. A supposer que ce référé ne doive rien à celui qui réfère, mieux vaut pour ce dernier (le débiteur) de ne pas sortir en expédition.

comm. Car bien qu'il soit quitte de sa dette vis-à-vis de l'(ancien) créancier, il ne fait que contracter un nouvel engagement (de dette) en faveur de ce référé, en ce sens que si ce référé paie la dette au créancier d'origine, il aura le droit d'en demander remboursement à ce débiteur.

• 2810. Si le référé l'autorise à partir en expédition, mais non le bénéficiaire de la référence (=le créancier d'origine), alors pas de grief à ce qu'il parte quand même.

comm. Car il est quitte vis-à-vis du droit du bénéficiaire de la référence, et il ne lui reste de responsabilité que vis-à-vis du référé, et l'on considérera que le droit du bénéficiaire de la référence est payé.

• 2811. Supposons que le débiteur ne réfère à personne, pour le paiement, mais que quelqu'un se porte garant pour lui, sans que le débiteur le lui ait demandé, pour rendre quitte le débiteur responsable, alors pas de grief à ce que le (débiteur) sorte en expédition sans en demander l'autorisation à aucun des deux (le créancier d'origine et le garant bénévole).

comm. Car il est quitte vis-à-vis du réclamant (=créancier) grâce à l'acquittement en question (par le garant bénévole), et le garant n'a pas le droit de lui en réclamer remboursement, car il s'est porté garant sans que l'autre le lui ait demandé.

• 2812. Mais s'il y a eu sûreté personnelle (**kafâla**), de sorte que quelqu'un soit porté garant à la demande du débiteur, alors ce dernier n'a pas le droit de sortir en expédition militaire sans en demander l'autorisation à la fois au créancier principal et au garant,-

comm. Étant donné qu'il fera l'objet d'une réclamation de leur part à tous les deux; car le créancier principal lui réclamera le paiement de la dette, et le garant lui réclamera d'être déchargé de la responsabilité encourue (à titre de sûreté personnelle);-

• 2813. Mais si la garantie a été donné sans que le (bénéficiaire) l'ait demandée, ce (bénéficiaire-débiteur) aura l'obligation de demander l'autorisation du réclamant (le créancier d'origine), car c'est à lui que subsiste le droit de demander paiement de la dette, et ce droit est antérieur à celui du (garant); mais il ne sera pas obligé de demander l'autorisation du garant;

1429 **comm.** * Car celui-ci n'a pas le droit, dans ce cas, de demander remboursement de quoi que ce soit.

• 2814. Il en sera de même si la sûreté personelle (**kafâla**) porte (non sur une dette mais) sur quelque chose de juridiquement vain, car le droit du créancier d'origine est antérieur. Certes si le garant a donné sa sûreté personelle à la demande du (débiteur), celui-ci ne doit partir en expédition que sur autorisation de la part du garant.

comm. Car le garant le poursuivra en justice avec le (créancier d'origine) afin de se dégager de la responsabilité où l'autre l'a fait entrer.

• 2815. Si le garant donne sa sûreté personnelle sans que le (débiteur) lui ait demandé de le faire, pas de grief à ce que le (débiteur) parte (en expédition) sans lui en demander l'autorisation.

comm. Car ce (garant) ne peut pas le poursuivre en quoi que ce soit.

• 2816. Si le débiteur est un banqueroutier (**muflis**) et incapable de trouver le moyen de rembourser, à moins de sortir pour faire du commerce en compagnie de

l'expédition militaire partant pour le territoire ennemi, pas de grief alors à ce qu'il parte sans en demander l'autorisation à son camarade (=créancier).

comm. Car le but du voyage ici est de tâcher de gagner quelque chose pour rembourser la dette, chose qui est précisément son devoir positif.

• 2817. Si le (débiteur) se dit: "Je vais sortir pour faire la guerre, peut-être par les primes ou les quotes-parts du butin trouverai-je de quoi rembourser ma dette", à mon avis ce n'est pas bon qu'il sorte ainsi sans en demander l'autorisation au créancier.

comm. Car partir en guerre, c'est s'exposer à des risques, tandis qu'il n'y a pas de risque à partir pour faire du commerce. Bref, si le créancier lui interdit de sortir, il ne doit pas sortir; et s'il l'y autorise, pas de grief, alors, à ce qu'il sorte. A supposer qu'il ne sache pas (s'il y a risque ou non), mieux vaut alors ne pas sortir, car il y a toujours possibilité de trouver quelque autre moyen pour rembourser la dette. Certes s'il n'y a absolument aucun autre moyen, alors pas de grief à ce qu'il sorte (en compagnie de l'armée expéditionnaire). On rapporte, en effet, qu'un certain Musulman s'était rendu devant le Prophète pour lui demander aide afin de pouvoir remettre à la femme qu'il avait épousée son salaire d'honneur (**ṣudâq, mahr**) et il apprit au Prophète qu'il ne possédait absolument rien. Le Prophète répondit: "Je suis sur le point d'envoyer Abû Qatâda en expédition militaire. Sors avec lui; peut-être Dieu va-t-Il te donner en butin de quoi suffire à payer le salaire d'honneur de ton épouse". Il sortit donc contre une branche de la tribu des Banû Gatafân; on captura des butins et cet homme reçut quelque chose, par quoi Dieu le réunit avec la femme qu'il avait épousée. Mais cet homme n'avait pas demandé à sa femme [1] l'autorisation de sortir en expédition.

Mais s'il y a une levée en masse (**nafîr 'amm**), alors pas de grief à ce que le débiteur sorte, peu importe s'il possède ou non de quoi rembourser la dette, et si le créancier lui a donné autorisation ou lui a interdit de sortir.

comm. Car sortir, dans le cas de (la levée en masse), est un devoir positif pour chaque individu capable de participer (à défense nationale), un devoir qui n'est pas susceptiable d'être reporté, alors que le remboursement d'une dette peut être reporté; de même le dommage que causerait le refus de sortir, lors de la levée en masse, est plus grand que lors du refus de rembourser la dette, étant donné que le premier retomberait sur la totalité des Musulmans. Il est donc obligatoire qu'on * s'occupe de 1430
repousser celui des dommages qui est le plus grand. Dans ce cas (de la levée en masse), le créancier n'a pas le droit d'empêcher (le débiteur de sortir pour les combats); donc le débiteur n'a pas besoin non plus de lui demander son autorisation.

• **2818.** (Lors de la levée des renforts,[2] il faut distinguer: s'il y a danger pour

(1) On sait que selon le droit islamique, le mari doit verser quelque chose, à titre de salaire d'honneur, à la femme qu'il vient d'épouser. Cette somme va à la femme et non point à ses parents. Dans le cas en discussion, l'auteur veut dire que la femme est créancière tant que le salaire d'honneur n'est pas payé.

(2) A lire استنفر! comme dans le MS de Paris, la 1re ed portant استتر!

les Musulmans, le débiteur participera activement aux combats, mais s'il s'agit de quelque chose où il n'y a pas danger pour les Musulmans, alors il ne faut pas qu'il participe aux combats sans l'autorisation de son créancier.

comm. Car participer sur combats, c'est s'exposer à des risques. Et puisque cet homme ne possède pas de quoi rembourser sa dette, s'il s'occupe das combats, il expose le droit du créancier à un risque de perte. Il est donc préférable (**mustahabb**) que le (débiteur) ne fasse pas cela sans l'autorisation du (créancier).

• 2819. Si le nom du débiteur est inscrit sur les registres (de soldats réguliers, et non comme un simple volontaire occasionnel) et si son commandant lui donne l'ordre de sortir en expédition, il faut que le (débiteur) fasse savoir à son commandant qu'une dette lui incombe, afin que le commandant en informe le chef de l'Etat. Et dans ce cas, il faut que le chef de l'Etat ne le fasse pas sortir en expédition s'il y a suffisamment d'autres (soldats) pour l'expédition envisagée. Mais si le (chef de l'Etat) refuse de l'exempeter de cette sortie, alors le (débiteur) doit obéir au chef de l'Etat.

comm. Car il est de son devoir d'obéir, dans de tels cas, au (chef de l'Etat). Donc, une fois que le (débiteur) lui a appris la raison de son excuse, et si le (chef) n'accepte pas son excuse mais lui donne l'ordre de sortir en expédition, alors rien n'est plus méritoire que d'obéir au (chef de l'Etat).

Si le (débiteur) n'a pas [1] la possibilité de demander l'autorisation du chef de l'Etat, mais qu'il craigne de perdre son salaire, en ne pas patricipant [2] à l'expédition-en vue de tacher de gagner de quoi rembourser sa dette-alors pas de grief à ce qu'il sorte sans en demander l'autorisation au créancier.

• 2820. Car pour lui cette sortie en expédition est en effet pour tâcher de quoi rembourser sa dette. Si le soldat compte sur ce salaire pour payer sa dette et aussi pour vivre, et si ce moyen lui est coupé, il pourra encore moins rembourser sa dette.

• 2821. Supposons que le volontaire de guerre ne soit pas endetté mais qu'il ait ses deux parents (père et mère) ou seulement l'un des deux en vie; si ces parents lui interdisent de partir en expédition, il est préférable pour lui de ne pas partir en expédition sans obtenir leur autorisation (=approbation). Car on rapporte que quelqu'un s'était rendu auprès du Prophète pour lui dire: "Je me rends auprès de toi, afin de lutter en ta compagnie, cependant que j'ai laissé mes deux parents peleurer". Le Prophète répondit: "Va et fais-les rire comme tu les as fait pleurer". Un autre homme aussi lui dit: "J'ai voulu lutter en ta compagnie, mais ma mère le désapprouve", et le prophète de répondre: "Reste attaché à ta mère, car le Paradis se trouve près de ses deux pieds".

comm. Nous avons déjà parlé de questions de ce genre, auparavant (cf • 204-5, 216 et suiv.)

---

(1) Peut être faut-il leur: "a la possibilité"

(2) Il convient de lire يتخلف et non يختلف comme porte la lre éd.

• 2822. * Mais lors d'une levée en masse, pas de grief à faire à ce qu'on sorte, 1431
même si ses deux parents le désapprouvent.

comm. Car en sortant, à ce moment-là, on défend sa personne ainsi que celle de ses deux (parents).

• 2823. S'il y a levée en masse et que le chef de l'Etat donne l'ordre à un tel de sortir, il faut que celui-ci le mette au courant de l'affaire de ses parents; * si le (chef) lui donne néanmoins l'ordre de sortir, il faut que le (soldat)lui obéisse. (Chaibânî) ajoute: Car dans de telles cironstances, le chef de l'Etat a plus de droit que les père et mère à être obéi.

comm. C'est-à dire qu'il incombe à quiconque est inscrit sur les registres de soldats réguliers, d'obéir au chef de l'Etat, et de sortir en expédition militaire, de la façon qu'un esclave doit obéir à son maître.

Ne vois-tu pas que le chef de l'Etat a la capacité de le contraindre à sortir-que le (soldat) le veuille ou non-et que le (soldat) doive le suivre dans le marche et dans le halte, comme doit le faire un esclave avec son maître? En effet, de même qu'il est du devoir d'un esclave de sortir avec son maître , même si les père et mère de l'esclave le désapprouvent, de même le soldat doit obéir au chef de l'Etat.

• 2824. Un esclave ne participe pas aux combats sans l'autorisation de son maître, sauf quand il y a levée en masse. (1)

comm. Car servir son maître est son devoir personnel et impératif (**fard 'ain**).

• 2825. Mais lors d'une levée en masse, pas de grief à ce que l'(esclave) sorte pour le lieu des (combats) sans même l'autorisation de son maître (cf• 237).

comm. Car en sortant, il défend sa personne comme celle de son maître et de tout le reste de la communauté musulmane.

• 2826. * Et le maître n'a pas capacité pour lui interdir de sortir pour la guerre, quand le besoin se fait sentir (**litt.** se réalise), et non plus de combattre . Il n'incombe même pas à l'(esclave) de lui en demander l'autorisation. Un **mukâtab** (esclave libérable contre paiement de sa valeur à son maître) est, à propos de la sortie pour la guerre, comme un esclave ordinaire.

comm. Car cette (exemption) n'entre pas dans les conditions établies par écrit sur le document (du contrat de libération), car celles-ci se limitent à ce que l'esclave puisse gagner des biens.

• 2827. En ce qui concerne la femme de statut libre, il lui est permis de sortir pour la guerre, en compagnie d'un proche parent de degré prohibé (pour mariage, **mahram**), de soigner les blessés et de servir les malades. Mais elle ne sortira pas

(1) La Ire éd. porte: إذا التنفير كان عاما mais il faut lire ou bien والا اذا كان النفير عاما ou: إذا لم يكن النفير عاما comme le porte le MS de Paris.

sans l'autorisation d'un proche parent de degré prohibé, qu'elle soit vieille ou jeune (cf aussi § 239), si cette sortie des Musulmans doit être pour une distance de trois journées ou plus. Car le Prophète a dit: "Une femme ne doit pas sortir pour une distance de trois jours et de trois nuits à moins qu'elle ait en sa compagnie son mari ou un de ses proches parents de degré prohibé" Mais si leur sortie doit être pour une moindre distance, alors pas de grief à ce qu'elle sorte sans même un proche parent. Toutefois si elle a un mari, elle ne doit sortir qu'avec l'autorisation de son mari, sauf dans le cas de la levée en masse, et pourvu qu'il y ait en elle un motif de force pour les Musulmans. Il ne faut pas non plus que'elle s'occupe personellement des combats quand il y a des hommes pour le lui épargner. Car une femme est à protéger et on n'est pas à l'abri de voir exposer ce qui doit être couvert chez elle, si elle s'occupe personellement des comabts. En outre si elle combattait, cela causerait une sorte de **chubha** (tache?) pour les Musulmans, car les mécréants diraient que la faiblesse des
1432 (Musulmans) * a atteint un point tel qu'ils ont besoin de demander aide aux femmes pour les combats. Mais en cas de besoin, pas de grief là-contre, car on rapporte que Nusaiba fille de Ka'b combattit, lors de la bataille d'Uhud, quand les hommes avaient abandonné le Prophète et s'étaient mis en deroute. C'est à ce propos que le Prophète a dit: "La tenue (ou: le rang, **muqâm**) de Nusaiba ets plus excellent que celle de tel et tel". En effet le Prophète fit allusion à elle et lui fit des éloges parce qu'elle s'était occupée personnellement des combats, quand le besoin s'en était fait sentir (**litt.** : réalisé). Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à faire grief de cela. En outre, si le chef de l'Etat interdit aux gens de sortir en expédition ou de livrer des combats, il faut que les gens ne lui désobéissent pas, sauf à l'occasion de la levée en masse.

comm. Car obéir au commandant, là où il n'y a pas commission de péché, est chose obligatoire et qui ressemble à l'obéissance de l'esclave à son maître. De même que l'esclave ne doit pas sortir en expédition quand son maître le lui interdit-sauf quand il y a levée en masse-de même ici (les gens ne dovient pas désobéir au chef qui interdit les combats). Et Dieu sait mieux.

1433 *** Chapitre (146)**

DE CE QUI EST DÉCONSEILLÉ SUR LE TERRITOIRE ENNEMI ET DE CE QUI N'EST PAS DÉCONSEILLÉ

• 2828. Ainsi dit (Chaibânî): Pas de grief à ce qu'on installe des cloches quand on (marche) dans le sentier de Dieu, et à ce qu'on installe des cloches sur les fortins des Musulmans.

comm. Car cela fait partie des moyens dont les Musulmans se renforcent: ainsi est chassée leur somnolence. Nous avons déjà mentionné (au ch. 8) que la désapprobation de l'usage des cloches provient: soit de ce qu'il s'agit d'un amusement, soit de ce qu'il y a là quelque tort pour les Musulmans, par exemple le son des (cloches) indique aux mécréants ou aux brigands le lieu où les Musulmans se trouvent. Au contraire, s'il n'y a pas ce sens (d'amusement ou de danger), alors

pas de grief à ce qu'on en use, en pratiquant cette parole du Prophète: "Les actes sont selon les intentions, rien d'autre."

De même pas de grief à ce qu'on installe des cloches aux (cous des) chevaux, et qu'on ait des tambours (**daff**) pours les combats.

Car cela terrifie les mécréants. Il s'agit là de ruses de guerre.

• 2829. Pas de grief non plus contre les timbales (**tabl**) qu'on bat pendant la guerre, pour rassembler les gens.

comm. Car là il ne s'agit pas d'un amusement. Ce qui est déconseillé, c'est de jouer des timbales à titre d'amusement. Cela à l'instar des tambours: pas de grief à ce qu'on les batte pour annoncer un mariage, quand même que ce soit déconseillé de les battre à titre d'amusement.

• 2830. * Il ne faut pas que les Musulmans se servent, dans leur guerre, de 1434
plaques de fer (**nâgûs**[1]) et de flûtes (**Chabbûr**) pour rassembler les gens.

comm. Car c'est ce que font les Chrétiens et les Juifs. Or on nous a interdit de leur ressembler. En outre le but est atteint par d'autres moyens que celui-ci. Il ne faut donc pas que nous nous servions de ce dont se servent les mécréants, alors qu'il y a possibilité d'atteindre le but par un autre moyen.

• 2831. °S'occuper de l'office (surérogatoire) de prière dans les fortins et les villes des Musulmans est plus méritoire que de monter la garde, pourvu qu'il y ait des gens qui s'occupent du devoir de la garde pour qu'on y célèbre plus tranquillement l'office. Mais s'il n'y a personne d'autre pour se charger de la garde, alors il est plus méritoire de monter la garde.

Une autre raison est que la garde n'est nécessaire que dans cet endroit déterminé; tandis que l'office surérogatoire de prière, on peut le célébrer partout ailleurs. Cela ressemble au choix à faire entre l'office (surérogatoire) et les tours rituels autours de la Ka'ba quand on se trouve à la Mecque: pour les non-Mecquois ces tours rituels sont plus méritoires que les offices (surérogatoires, pour eux qui peuvent prier même ailleurs, tandis que les tours ne sont possibles que quand on se trouve à la Mecque). C'est aussi pour la même raison. Certes si on peut combiner la garde et l'office, qu'on le fasse.

comm. Car bombiner deux devoirs (**'ibâdatain**) est plus méritoire que d'accomplir un seul d'entre eux et de négliger l'autre. Cela à l'instar de la possibilité de combiner le jeûne et la retraite pieuse (**i'tikâf**), les tours rituels autour de la Ka'ba et la récitation du Qur'an.

• 2832. Si le fait de se tourner dans la direction de la Ka'ba (**qibla**) pour célébrer l'office contredit (**litt.**: distrait) aux nécessités de la garde, et qu'on veuille monter la garde tout en célébrant l'office dans une direction autre que celle de la Mecque, ceci n'est pas permis.

---

(1) Blanc dans la lre éd, supléé d'après le MS de Paris etc.

comm. Car lorsqu'on sait avec certitude la direction de la Mecque et que l'on veuille célébrer l'office dans une autre direction, ceci n'est pas permis, sauf quand une nécessité pressante se fait sentir (**litt.**: se réalise). Or aucune nécessité ne se fait sentir ici, étant donné que la garde (ou plutôt, l'office surérogatoire?)[1] ne constitue pas un devoir positif personnel.

• 2833. Si la (garde) nécessite qu'on dévie un peu de la direction exacte de la Ka'ba (qui est vers le Sud, quand on est en Mésopotamie), sans pour autant se tourner vers l'Est ou l'Ouset ou tourner le dos à la direction de la Ka'ba, il faut distinguer: Si cette (déviation) est telle que si on la faisait délibérément lors de l'office obligatoire, il serait nécessaire de recommencer l'office (pour le faire correctement), alors il ne faut pas que le (soldat) célèbre l'office surérogatoire avec une telle déviation.

comm. Car l'office prescrit et l'office surérogatoire sont pareils quant à l'obligation de se tourner vers la Ka'ba.

• 2834. Bien sûr, quand la déviation est (**minime**), telle que si on se la permettait délibérément même lors de l'office obligatoire, il ne serait pas nécessaire de le répéter (plus correctement)-de sorte par exemple qu'on ne dévie pas son visage de la direction de la (Ka'ba)- pas de grief alors à ce que le (soldat) le fasse, car ainsi il est capable de concilier le rapprochement avec Dieu au moyen de l'office de prière, et la garde dans le sentier de Dieu. Il serait plus méritoire de ne pas allonger les piliers (**arkân,** c.-à-d. les actes importants) de l'office, en célébrant les deux cycles d'actes (**rak'at**) de l'office, plus de s'occuper de la garde, et de continuer ainsi à monter la garde au bout de chaque office de deux cycles. Mais si l'on craint que
1435 même en raccourcissant l'office, * il ya ait manquement à la garde, alors il faut abandonner l'office (surérogatoire). C'est à l'instar de celui qui n'est point en mesure de se tourner vers la Ka'ba pour la célébration de son office. Car on combine deux choses quand on est dans l'immunité contre le risque de manquer à aucune des deux.

• 2835. Pas de grief à ce qu'on suspende des guirlandes aux cous des chevaux, aussi bien pendant la guerre que hors de la guerre.

comm. Car ceux qui lancent des défis (aux ennemis) font cela et il y a d'autres qui le font aussi, d'entre ceux qui montent les chevaux. Or "ce que les Musulmans trouvent bon (**litt.**: beau) est bon (beau) aussi auprès de Dieu." Mais nous n'aimons pas qu'on leur mette des guirlandes de cordes de boyau (**watr**), car un hadith du Prophète dit: "Mettez des guirlandes aux chevaux, mais ne mettez pas de guirlandes de cordes de boyaux". On dit que l'interpretation (= la raison) de cette interdicition est que parfois ces cordes les étouffent et les tuent. Voilà pourquoi il est déconseillé d'en faire de guirlandes aux chevaux.

• 2836. Il est déconseillé de se vêtir de soie fine, que ce soit pendant la guerre ou hors de la guerre.

---

(1) Le contexte semble exiger le mot تطوع (acte surérogatoire) et non حرس (garde) comme dans l'éd.

comm. Car elles ne repoussent pas les coups des armes; on ne s'en vêt que par luxe (**tana''um**).

• 2837. Quant à la soie épaisse dont on profite dans la guerre, nous avons mentionné (ch. 25 ou 142) qu'il y a là-dessus divergence d'opinions.

• 2838. Il est déconseillé de mettre des figures animales dans les cottes de mailles du cheval d'un soldat; de même dans sa selle, dans le bouclier ou dans les vêtements du (soldat). Mais s'il y a des figures d'arbres, pas de grief là-contre.

comm. Car on rapporte que quelqu'un présenta au Prophète un bouclier (1) où il y avait la figure d'un oiseau; un jour cette figure s'en alla, et l'on dit qu'un ange le fit (disparaître) pour le Prophète. Cela indique que son emploi est déconseillé. On n'autorise les figures (animales) que dans les tapis, les coussins et choses semblables sur lequelles on se couche et sur lesquelles on s'assoit. Car un récit mentionne que Gabriel dit au Prophète (au sujet d'un tissu portant des figures animales): "Ou qu'on coupe la partie contenant leurs têtes, ou qu'on en confectionne des coussins qu'on foule". Il en est ainsi parce qu'il n'y a dans ce dernier usage aucun motif de respecte envers l'image (animale), non plus que de ressemblance avec celui qui adore une image (icone). Contraire est le cas de ce qu'on suspend ou porte en vêtement, ou de ce qu'on regarde, car là il y a un sens de respect envers l'image, et de ressemblance avec celui qui l'adore. Voilà pourquoi cet (usage de l'image) est déconseillé. Cela indique que le **puchti** ou grand coussin qu'on place devant la maison (sur un banc de pierre, pour recevoir des visiteurs etc., en dehors des appartements familiaux) est également déconseillé s'il porte des décorations par figure animale, étant donné qu'on l'installe (pour s'y adosser) sans le fouler. De même dans les rideaux et les pagnes, s'il y a des images animales, leur usage est déconseillé.

• 2839. Déconseillés également les ustensiles (ou: vases), dans la maison, s'ils sont décorés d'images animales.

comm. Car on ne les étand pas par terre (comme tapis) et on ne s'y assoit pas.

• 2840. * (Chaibânî) poursuit: Pas de grief à ce qu'on porte une cuirasse 1436
(**jauchan**) ou un casque (**baida**) d'or ou d'argent, pendant la guerre.

comm. C'est là l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî; quant à Abû Hanîfa, selon lui c'est chose déconseillée. En effet la divergence à ce propos provient de celle qui vise le port des vêtements de soie à dessins (**dîbâj**), étant donné que le Prophète a réuni (un jour) l'or et la soie quand il proclama: "Ces deux sont interdits pour les hommes de ma communauté, mais licites pour les femmes" (cf § 128). Ainsi une différence s'instaure entre ce cas (de l'or et de la soie) et le port des vêtements décorés d'images animales, car l'interdiction de ceux-ci est générale aussi bien pour les hommes que pour les femmes. Nous apprenons ains qu'il n'y a aucune permission d'en porter sauf quand il y a nécessité pressante (détresse). La

(1) Ainsi ترس selon le MS de Paris, la 1re éd. portant: فرس

permission de l'or et de la soie, pour les femmes, est pour l'avantage décoratif. Cela nous apprend que leur port est permis pour cet avantage, et non pour une nécessité pressante (détresse).

• 2841. (Chaibânî) poursuit: Pas de grief à ce qu'on porte, hors du temps de guerre, des vêtements dont les boutons sont de soie à dessins ou d'or.

comm. Car un hadith a permis la soie si elle est de la quantité d'un ou deux ou trois doigts (de largeur ou de longueur).

• 2842. Il en est de même de l'or qui se trouve dans les boutons et les ourlets (**kafâf**). Mais aux hommes il est déconseillé de porter des bagues (**khâtam**) d'or, mais il n'y a pas à leur faire grief de porter une bague d'argent où il y a un clou d'or.

comm. Car c'est si peu qu'on peut le considérer comme quelque chose de perdu, au même titre que les boutons. Il en est de même des ourlets et des boutons, dans un vêtement.

• 2843. Mais si l'on a vraiment besoin de se servir d'armement où il y a décorations d'images animales, pas de grief là-contre.

comm. Car les occasions de nécessité pressante sont exceptées de l'interdiction, comme de manger le cadavre (d'une bête non égorgée rituellement, quand on est affamé et que l'on ne trouve rien d'autre).

Si l'image est d'un animal à tête coupée (c.-à-d. où il y a le corps sans tête), ou dont le visage a été effacé, alors ce n'est pas l'image (visée par la loi).

Car ce qui est déconseillé c'est l'image d'un animal, et cela ne se trouve pas sans la tête.

• 2844. Il est déconseillé de suspendre sur (les murs de) la Ka'ba des tissus portant des images d'un animal.

comm. Car employer des images animales est déconseillé dans toute mosquèe; à plus forte raison donc dans la Ka'ba.

• 2845. Si l'on plâtre avec de la boue les têtes des images, de sorte qu'elles soient bouchées et ne se voient plus, alors pas de grief là-contre.

comm. Car à ce moment-là, ce ne sont plus des images.

1437 • 2846. * Il en sera de même pour les images qui se trouvent dans une maison, et dont on a effacé les visages avec de la terre ou du plâtre (**jaṣṣ**): leur qualité de chose désapprouvée s'en va, même si c'est tel que le maître pourrait, s'il le voulait, enlever la terre (boue).

comm. Car la désapprobation s'y trouve quand il y a un sens de respect envers l'image et que cela ressemble à de l'adoration. Ce sens s'en va par un tel procédé (de plâtrage).

• 2847. Il en est de même s'il y en a (des images) sur les armes, et qu'on les enduise leurs visages d'une matière glutineuse (**gharâ'**); de même de vêtements

portant des (images) si l'on donne des points de fil pour les effacer ou si l'on coud un morceau de tissu sur les visages.[1]

comm. Ainsi la désapprobation de tout cela s'en ira.

• 2848. De même il est désapprouvé d'avoir des images d'animaux sur les drapeaux et les bannièrs.

comm. Car on les plante pour les dresser.

• 2849. Mais pas de grief à ce qu'il y ait des images d'arbres et autres choses semblables (inanimées).

comm. Car ce qui est déconseillé ce sont les images de choses animées; selon un hadith en effet on obligera le (peintre ou le sculpteur) au jour de la résurrection, à y insuffler l'âme, et il ne le pourra (évidemment) pas.

• 2850. Pas de grief à ce qu'on recouvre les murs de la maison avec des feutres ou autres choses semblables, contre le froid, et avec de la paille (**hachich**)- mais: **khaich** (lin), selon la variante-contre la chaleur, s'il n'y a pas d'images animales.

comm. * Car (couvrir ainsi les murs) est pour une utilité et non pour une 1438
décoration luxuese. On le désapprouve si le but en est de décorer.

• 2851. Ainsi on rapporte que (le calife) 'Umar Ibn al-Khattâb avait donné l'ordre d'enlever (des rideaux décoratifs). De même quand Salmân vit des (rideaux décoratifs) dans une maison, il remarqua: "Votre maison aurait-elle la fièvre (pour se couvrir des couvertures), ou bien la Ka'ba se serait-elle transportée dans le pays de Kinda?[2]

comm. Nous apprenons ainsi que ce qui est désapprouvé, à ce propos, c'est de faire ressembler les maisons d'habitation avec la Ka'ba (qui seule doit être couverte de rideaux sur les murs extérieurs). A noter cependant que selon l'avis d'Abû Hanîfa, il n'y a pas à faire grief d'étendre des tapis de soie pour s'y asseoir ou pour s'y coucher; et de même pour les coussins de soie. La soie est désapprouvée si on la porte comme vêtement. Mais selon l'avis de Chaibânî, s'appuyer sur un coussin de soie, ainsi que s'asseoir sur de la soie est aussi désapprouvé que de porter des vêtements de soie (pour les hommes, non pour les femmes). Cela a été rapporté par 'Ubaida as-Salamânî.

• 2852. Il n'y a pas de divergence d'opinions sur la partie de dessus des couvertures (**dithâr**): si elle est de soie, elle sera désapprouvée.

comm. Ici, Chaibânî tire argument du récit selon lequel, quand on amena au (calife) 'Alî à Madâ'in (Ctésiphon), un mulet appartenant à l'origine au préfet (**dihqân**) de l'endroit, 'Alî sentit avec sa main la partie supérieure de l'arçon de la selle (**qurbûs**) et descendit tout de suite, en demandant: "Qu'est-ce que c'est?" On répondit: "C'est de la soie à dessins". Alors 'Alî ne voulut pas le monter.

---

(1) A lire ويمحوها selon le MS de Paris, la Ire éd. portant: ويمحها

(2) Apparemment l'incident eut lieu au Yémen, dans la région de Kinda. On sait que les murs extérieurs de la Ka'ba sont couvert des rideaux depuis la plus haute antiquité pré-islamique.

(Chaibânî) poursuit: S'il n'y avait pas à faire giref de s'asseoir sur de la (soie à dessins), il n'y aurait pas non plus à faire grief de s'asseoir sur un trône d'or. Car le hadith a fait égales ces deux choses (cf. supra, III, 210: la soie et l'or sont interdits aux hommes et permis aux femmes). Si tous (les juristes) sont unanimes pour désapprouver le (trône d'or) le (siège en soie) sera pareil. Comment peut-on autoriser à s'asseoir sur un trône d'or et interdire l'emploi des ustensiles (ou: vases) d'or?

• 2853. S'il y a une bague dont le chaton comporte l'image de quelque animal, pas de grief à ce qu'on la porte.

comm. Car c'est trop petit pour que le regard le voie, et quand on le verra de loin, on ne l'apercevra pas. On désapprouve seulement ce qu'on peut voir (même) de loin. En outre il n'y a, dans l'usage d'une telle (bague), aucun sens de respect (envers l'image animale) ni aucune ressemblance avec ceux qui l'adorent. On nous a rapporté que sur le chaton de la bague de Hudhaifa Ibn al-Yamân, il y avait l'image de deux grues entre lesquelles il y avait quelque formule de (louange à) Dieu. De même sur le chaton de la bague d'Abû Mûsà al-Ach'arî, il y avait l'image d'un tigre assis. Ne vois-tu pas qu'il n'y a pas à faire grief d'avoir sur soi des dirhams iraniens quand on célèbre l'office de prière? Cependant ils portent l'image du roi, assis sur le trône et portant la couronne.

• 2854. Pas de grief à ce qu'il y ait, dans la maison de quelqu'unun trône (ou: une couche) en or mais dont on ne se sert pas pour s'asseoir de même des vases d'or ou d'argent, dont on ne se sert ni pour boire ni pour manger, mais qu'on possède pour enjoliver (le salon). En effet on rapporte qu'il y en avait dans la maison de Muhammad Ibn al-Hanafîya (fils du calife 'Alî). On lui en parla (=on le critiqua) et lui de dire: Voici la femme de la tribu de Quraich, que j'ai épousée; c'est elle qui les a apportés.

comm. Ce que (Chaibânî) mentionne ensuite, jusqu'à la fin du chapitre, nous l'avons commenté de façon exhaustive dans le chapitre **al-kasb** que nous avons fait comme appendice à notre commentaire **d'al-Mukhtasar** (cf **Mabsût**, XXX, 244-287). Et Dieu sait le mieux.

1439 *** Chapitre (147)**

DE L'ACTION DE COUPER L'EAU AUX ENNEMIS EN GUERRE ET D'INCENDIER LEURS FORTINS ET DE DRESSER CONTRE EUX DES CATAPULTES.

• **2855.** (Chaibânî) dit: Pas de grief à ce que les Musulmans incendient les fortins des mécréants (ennemis) par le feu, ou les inonder par l'eau, dressent contre eux des catapultes (**majâniq**), coupent à ces gens l'eau potable ou y mettent du sang, de l'ordure ou du poison pour la rendre mauvaise (non potable).

comm. Car nous avons le commandement de les dominer et de birser leur

pique (=puissance). Or tout ce que nous venons de mentionner fait partie de la tactique (**tadbîr**) de la guerre, par quoi on parvient à briser leur pique. Donc le faire, c'est appliquer le commandement en question et non le contraire. En outre, on inflige du tort à l'ennemi, ce qui est cause qu'on acquiert la récompense divine. Dieu dit bien (Q. 9/120): "...**ni ne reçoivent une réception d'un ennemi, sans que pour cela une bonne oeuvre leur soit inscrite..**" (1)

Il n'est pas nécessaire de s'abstenir de ces actions * même s'il y a chez les 1440
ennemis quelques Musulmans qui y sont en tant que prisonniers de guerre ou touristes sous sauf-conduit, et peu importe qu'ils soient petits ou grands, femmes ou hommes, et même si nous savons ce fait.

Car il n'y a pas moyen d'éviter que ces (Musulmans) soient touchés (par les actes de belligérance qu'on) entreprend en exécution du commandement de dominer les mécréants. Or ce qu'on ne peut pas empêcher est pardonné.

• 2856. Et si quelqu'un de ces (Musulmans) périt par quelqu'une de ces différents causes que nous venons de mentionner, alors rien n'incombe, à ce propos, aux Musulmans (de l'armée musulmane).

comm. Car leur acte était ou bien licite et recherché ou bien commandé. Donc ce qu'on ne peut pas empêcher leur est pardonné: rien ne colle à eux (= ne leur incombe) ni ici-bas ni dans l'au-delà.

• 2857. Le principe de base à ce propos est le récit rapporté sur le Prophète: On le questionnait au sujet des habitants du pays des mécréants (ennemis), où l'on lance une attaque de nuit et où on tue leurs femmes et leurs enfants mineurs, et le Prophète de dire: "Ils font partie d'eux (des combattants adultes)". De même le Prophète donna l'ordre à Usâma ibn Zaid de lancer une attaque contre (la localité d') Ubnâ, au petit matin, puis d'y mettre le feu.(2) C'est ainsi aussi que Salmân al-Fârsî conseilla au Prophète de dresser une catapulte contre le fortin de Tâ'if, ce qu'il fit.(3) (Le calife) 'Umar donna l'ordre à Abû Mûsà al-Ach'arî, quand celui-ci assiégeait les habitants de Tustar, de dresser une catapulte contre la (ville). Abû Mûsà le fit, comme le fit également 'Amr Ibn al-'Aş quand celui-ci assiégea Alexandrie. Le Prophète coupa l'eau aux occupants d'un des fortins de Khaibar, à savoir d'an-Natât, et cela lorsqu'on lui eut appris que les (occupants d'an-Natât) avaient un réservoir d'eau souterrain dont ils s'abreuvaient pendant l'obscurité de la nuit, et il le leur coupa jusqu'à les assoiffer, de sorte qu'ils sortirent pour combattre (en rase campagne). De même Salama Ibn al-Akwa' rapporte: Nous sommes embarqués sur des bateaux au temps du (calife) Mu'âwiya, et avons rencontré l'ennemi, et nous avons tiré sur lui des **muharriqât** (sorte de bombe incendiaires). Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à faire grief de ces choses, tant que les (ennemis) résistent; mais ce qui est désapprouvé c'est de brûler vif le prisonnier de guerre, une fois qu'on l'a

---

(1) Ce passage pris isolément peut signifier ce que dit Sarakhsî, à savoir le mésaise infligé à l'ennemi; mais le contexte du verset est le mésaise des Musulmans causé par l'ennemi.

(2) Cf. • 38, et Hamidullah, op. cit, • 572.

(3) Cf. Hamidullah, op. cit., • 812.

capturé, car Ibn 'Abbâs rapporte qu'un jour le Prophète dépêcha un détachement et lui donna cet ordre: "Si vous parvenez à vous emparer d'un tel, brûlez-le vif par le feu"-car cet homme avait rendu furieuse en la piquant avec une lance la bête que
1441 montait Zainab, fille du Prophète * de sorte que celle-ci avait fait une fausse couche; -mais le Prophète reprit tout de suite: "Non, mais si vous parvenez à vous en emparer, tuez-le sans le brûler vif, car Dieu seul punit par le feu". De même quand le Prophète envoya Mu'âdh Ibn Jabal au Yémen , il lui dit: "Regarde un tel, et si Dieu t'en donne la possibilité, brûle-le vif par le feu", mais quand Mu'âdh fut parti, le Prophète le rappela et lui dit: "Je t'ai dit cela quand j'étais en colère; mais en vérité personne ne doit infliger le châtiment qu'il est réservé à Dieu d'infliger. Donc si Dieu t'en donne la possibilité, tue cet homme."

Nous apprenons ainsi qu'il est désapprouvé de brûler vifs par le feu (même) les mécréants, après qu'on s'en est emparé.

• 2858. (Chaibânî) dit: Pas de grief, en temps de guerre, à se donner un teknonym (**kunya**), à rappeler ses origines ou à réciter des vers, tant que cela n'a rien d'irritant pour un autre Musulman-de sorte qu'on ne se lance pas de propos satiriques les uns contre les autres et qu'on ne rivalise pas de gloire avec les autres-car ces choses incitent aux combats et augmentent l'enthousiasme de ceux qui lancent des défis. Il n'y a donc pas à faire grief de ces choses, à moins qu'elles ne fassent de la peine à quelqu'un (des Musulmans) et, si elles en font, alors elles ne sont pas permises.

Le principe de base en cela est le récit selon lequel, lors de la bataille du Fossé (**Khandaq**), les compagnons du Prophète creusaient en même temps qu'ils chantaient des vers. Le Prophète remarqua: "Seulement il faut que personne ne s'irrite aujourd'hui de ce qu'un autre récite sans vouloir causer de tort à personne. Sauf (les poètes) Ka'b Ibn Mâlik et Hassân Ibn "Thâbit! Car ils disent beaucoup de choses qui lèsent". En effet le Prophète interdit à ces deux-là de dire quoi que ce soit. Puis le Prophète s'occupa lui aussi personnellement, avec les autres compagnons, du travail de creusage, et il récita lui-même ce couplet:

Seigneur, il n'y a aucun bien si ce n'est le bien de l'au-delà.

Pardonne donc aux Ansârites et aux Muhâjirites. Et alors qu'il transportait les corbeilles pleines de terre, il récitait ce couplet:

Cette charge et non celles (des marchands de dattes juifs) de Khaibar,

Cela est plus pieux,[1] ô notre Seigneur, et plus pur aussi. Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à faire grief de tels propos qui augmentent l'enthousiasme des combattants.

• 2859. Si un Musulman tire sur quelqu'un qui se trouve dans les rangs des
1443 mécréants (ennemis) et que celui-ci soit un Musulman amené * sous contrainte par les mécréants sans que le (tireur) le sache-ou même s'il le sait mais qu'il ne le vise pas délibérément, ou qu'il le vise délibérément mais ne sache pas que c'est un

---

(1) A lire أبر ربنا et non أبرر بنا comme dans le texte ed.

Musulman-tous ces cas sont pareils, et aucun prix du sang, aucune expiation n'incombe à celui qui a tiré sur lui.

comm. Car il lui est parfaitement licite de tirer dans les rangs des mécréants (ennemis), donc cet acte n'entrainera aucune suite.

• 2860. Certes s'il sait pour certain qu'il s'agit d'un Musulman amené sous contrainte et qu'il le vise délibérément par son tir en toute connaissance de cause, alors selon le raisonement analogique, il mériterait le talion;-

comm. Car il s'agit d'un acte (meurtre) délibéré, purement et simplement, chose qui oblige au talion. Ce raisonnement est fortifié par cette parole du Prophète: "Dans le meurtre délibéré, il y aura le talion;-

• 2861. Mais selon l'équité (**istihsân**), il n'y a pas de talion.

comm. Car la (victime) se trouvait dans les rangs des mécréants, alors qu'il était licite de tirer dans leurs rangs. Puisque cet homme se trouvait dans un endroit où la tuerie était licite, les doutes subsistent, dans ce cas, ce qui fera tomber le talion, étant donné que "les peines tombent, quand il y a doutes".

• 2862. Mais il lui incombera (néanmoins) de payer le prix du sang sur ses biens personnels.

comm. Car le prix du sang s'établit malgré les doutes. Or cet homme a fait périr une personne qui possédait de la valeur.

• 2863. Toutefois il n'a pas à faire d'expiation (cf. Q. 4/92).

comm. Car son acte (d'homicide) est délibéré (alors que l'expiation est pour ce qu'on fait par erreur).

• 2864. * A supposer que la corde de l'arc du (soldat musulman) qui tire se 1443
casse, de sorte que la fléche dévie et atteigne un Musulman dans les rangs des Musulmans, ou qu'elle atteigne par déviation un des Musulmans qui avait avancé pour faire des combats, alors le prix du sang incombera à la société d'assurances du (meurtrier) et il aura aussi à faire l'expiation rituelle.

comm. Car il l'a tué par erreur. Or, en cas de (meurtre par) erreur, il y a le prix du sang et l'expiation imposés par le texte de la Loi (cf. Q. 4/92). Après cela, (Chaibânî) mentionne différentes sortes d'erreurs et dit:

• 2865. L'une d'elles consiste en ce que le (soldat musulman) tire délibérément sur un homme qu'il voit dans les rangs des mécréants (ennemis) et qu'il pense être un des mécréants, alors que c'est un Musulman. Ce cas est en réalité un cas de meurtre délibéré, car ce (soldat) a visé un homme déterminé et l'a atteint; quant à sa pensée, elle ne correspond pas (**litt.** se rattache pas) à son acte. Néanmoins cet acte est celui d'une erreur, **de jure**, chose que nous apprenons par la partique (**sunna**) du Prophète.

comm. En effet on a rapporté que les épées de plusieurs Musulmans s'étaient abattues sur al-Yamân, père de Hudhaifa, cependant que ces Musulmans le

considéraient comme faisant partie des mécréants, et donc ils le tuèrent. Le Prophète ordonna qu'il fallait payer le prix du sang, mais Hudhaifa y renonça.[1]

• 2866. Si les (Musulmans) tirent avec des catapultes sur les occupants d'un fortin et atteignent un Musulman qui se trouve dans ce fortin, que ce soit un commerçant ou un prisonnier de guerre, alors rien ne leur incombe, même si ce Musulman leur avait fait parvenir la nouvelle qu'il s'y trouvait.

comm. Pour la raison que nous avons évoquée, à savoir qu'il leur est parfaitement licite de tirer (sur l'ennemi).

• 2867. Il en est de même s'ils enfument un souterrain où il y a un Musulman en compagnie des mécréants (ennemis) et que le Musulman succombe parmi ceux qui y succombent, alors pas de grief contre les (Musulmans).

comm. Car il leur est licite d'enfumer (des ennemis pour les asphyxier).

1444 • 2868. * Toutefois s'il leur est possible de tuer sans enfumer les mécréants qui s'y trouvent, alors il est préférable de ne pas les enfumer. Mais si'l ne leur est possible de le faire qu'en les enfumant, alors pas de grief là-contre.

comm. Car ces (Musulmans) ne visent pas délibérément les (autres) Musulmans, Par leur acte, ils ne veulent toucher que les mécréants. Donc ce sera un acte absolument licite pour eux. Au contraire, l'acte de celui qui commet une erreur lui est licite, juridiquement, à condition qu'il prenne garde de ne pas atteindre le Musulman, car il s'agit d'un acte où il y a tout de même (**fi'l-jumla**) possibilité de prendre garde.

• 2869. Si une pierre lancée par la catapulte revient sur un groupe de Musulmans dans l'armée musulmane et tue quelques individus, il faudra payer le prix du sang et faire l'expiation rituelle (cf. Q. 4/92);-

comm. Car il s'agit d'une erreur (d'un accident), et il était tout de même possible de l'éviter;-

• 2870. Et la responsabilité en grèvera ceux qui ont tendu les cordes, et non ceux qui ont tenu la catapulte, non plus que celui qui a tenu la pierre et l'a dirigée pour eux.

comm. Car les tireurs sont ceux qui tendent les cordes, et quand la pierre est lancée, où qu'elle soit lancée, c'est par leur force, et non par l'acte de celui qui dirige la pierre, non plus que par l'acte de celui qui tient la catapulte.

• 2871. Si cette pierre tombe sur ceux-mêmes qui la tirent et qu'elle tue l'un d'eux, alors le prix du sang incombera à la compagnie d'assurances de ces (tireurs), mais on déduira du prix du sang la part d'un homme. Ainsi, s'il y a vingt personnes qui (tendent les cordes) alors le prix du sang sera réduit d'un vingtième (il faudra payer dix-neuf vingtièmes seulement).

---

(1) Il s'agit de Yéménites qui venaient d'arriver à Médine, et on ne les connaissaient pas. De là la méprise tragique.

comm. Car cette (victime) a participé avec eux pour se faire tuer, donc sa part sera déduite, et elle est de 1/20 du prix du sang. C'est à l'instar de celui qui se blesse en même temps que d'autres le blessent aussi.

• 2872. * Toutefois l'expiation (du meurtre par erreur) incombera entiérement 1445
à chacun d'eux.

comm. Car l'expiation est la rétribution de l'acte. En outre il s'agit d'une chose qui n'est pas susceptible de division[1] au contaire du prix du sang.

• 2873. (Chaibânî) poursuit: si les (ennemis) se servent d'enfants musulmans comme de boucliers, pas de grief à ce qu'un Musulman tire sur eux; et s'il atteint l'enfant, rien ne lui incombe.

comm. Car en tirant, il n'a pas visé délibérément cet (enfant) musulman, mais l'ennemi.

• 2874. Si les Musulmans devaient payer des dommages pour de tels prix du sang, ou s'il leur fallait faire des expiations, ils ne se présenteraient pas pour les combats, dans de telles conditions. Car comment combattrait celui qui serait obligé de faire l'expiation quand il atteint (un Musulman par erreur ou par accident)? Et s'il ne payait pas le (prix du sang), il commettrait un péché, et s'il mourait avant de faire l'expiation, il rencontrerait Dieu avec un péché et serait responsable de ce péché, à moins que Dieu ne lui pardonne.

comm. Voilà un avis précis (du grand maître Chaibânî): que celui qui commet (le meurtre) par erreur est quand même un pécheur, au contraire de ce que disent certains autres juristes de notre école (hanafite). Ces derniers disent que celui qui commet une erreur n'est pas pécheur, et ils tirent argument des apparences de cette parole de Dieu (Q. 33/5): "(**Appelez les fils adoptifs d'après leurs vrais pères).. Et nul grief à vous de ce que vous faites par erneur...**" Mais nous disons que l'obligation d'une expiation, pour celui qui tue par erreur, est précisée dans le (Qur'ân), et cela démontre manifestement que l'acte d'un tel (meurtrier) entraine un péché. Quant à l'autre texte (Q. 33/5) qu'on vient de citer, il veut dire qu'après l'expiation le péché s'évanouit. Or l'expiation n'a été imposée en loi que comme un rideau (une couverture) du péché. C'est ainsi, car il est tout de même possible d'éviter l'erreur. Nous confirmons pour tout cela que si un acte est absolument licite, il ne sera pas la cause pour obliger au prix du sang et à l'expiation.

• 2875. Pas de grief à ce qu'on mette du poison aux armes.[2]

comm. Car les armes empoisonnées sont plus efficaces, dans les corps des (ennemis) et plus meurtrières aussi quand elles les atteignent c'est donc comme une

---

(1) L'expiation selon le Quran (4/92) consiste à affranchir un esclave musulman. On se demande pourquoi ne pas répartir le prix d'un tel esclave sur tous les tueurs? et pourquoi affranchir 19 esclaves?

(2) Selon l'école mâlikite du droit musulman, les flèches empoisonnées sont illicites. Cf. Khalîl (**Mukhtasar**, ch. jihâd) qui dit: نبل سم حرام

ruse militaire; or nous avons déjà mentionné que de tout ce qui fait partie des ruses de guerre, il n'y a pas à faire grief à un Musulman.

• 2876. Il en sera de même si l'on fixe aux têtes des lances des boules de bourre de laine (**muchâqa**) trempées de naphte, pour y mettre le feu et les lancer sur les mécréants (ennemis), de manière à les brûler vifs; c'est une des ruses de guerre. Donc pas de grief là-contre.

comm. (Chaibânî) mentionne ensuite les abattages d'arbres et les démilitions de bâtiments. Mais il en a déjà parlé au début du livre l(cf § 35, 37-39); voici ce qu'il en dit de plus ici:

• 2877. Il est permis aux (Musulmans) de faire tout cela dans le chemin qu'ils traversent, même s'ils n'ont personne à assiéger. Excepté un point: S'il s'agit d'un chemin bien connu qu'empruntent les combattants (Musulmans) chaque année, alors il ne faut pas qu'ils fassent disparaître les sources d'eau, ni qu'ils abattent les arbres fruitiers qui s'y trouvent.

comm. Car les (Musulmans) en auront besoin chaque année. Si donc on faisait cela, on causerait du tort à ces Musulmans ou d'autres Musulmans qui emprunteraient ce chemin pour sortir en expédition militaire. Donc pour éviter ce tort, il est désapprouvé de pratiquer cela. Mais de tout le reste, qui chagrine et fait enrager les mécréants (ennemis), il n'y a pas à en faire grief.

• 2878. Su un Musulman entre sous sauf-conduit sur le territoire des ennemis, il ne doit pas travailler pour eux pour (fabriquer) des armes, des cafetans (khaftânât), ni toute autre chose qui les renforcerait dans la guerre contre les Musulmans.

1446 **comm.** * Puisqu'il est très fortement désapprouvé pour les Musulmans d'exporter ces choses chez les (ennemis), il en sera donc de même du fait de les fabriquer pour eux sur le territoire ennemi.

• 2879. A ce propos, le touriste qui est allé sous sauf-conduit, et le prisonnier de guerre sont égaux.

comm. Car tous deux sont visés par la loi (islamique) qui demande de briser le pique des mécréants; et tout ce qui renforce les mécréants pour combattre les Musulmans leur est interdit à tous deux.

• 2880. Si les (ennemis) contraignent quelqu'un d'une de ces deux catégories à faire quelque chose de ce genre, moyenant (= sous la menace de) la prison ou en le mettant aux chaînes, la réponse sera la même (c.-à-d. qu'il ne faut pas travailler pour eux).

comm. Car (dans cette contrainte) il n'y a crainte de mort pour personne de ces deux catégories (de sujets musulmans). Or la détresse se réalise (= lieu) seulement quand la sanction comporte une menace de mort.

• 2881. Certes si les (ennemis) menacent de mort quelqu'un d'une de ces deux catégories, ou le menacent de coups tels qu'il craigne d'y perdre la vie ou l'un de ses membres, alors pas de grief à ce qu'il travaille (pour fabriquer des objets de guerre).

comm. * Car la détresse a lieu ici. On sait que quand la détresse a lieu, il est loisible au Musulman de faire des choses plus graves que ce (travail), par exemple de prononcer de la langue la formule de mécréance. A plus forte raison donc il lui sera loisible de travailler pour les (ennemis) pour fabriquer des armes.

• 2882. Toutefois si le (Musulman) refuse de le faire et, par conséquent, est tué, ce sera plus excellent pour lui.

comm. Car par son acte (d'abstention) il montre sa solidité dans la religion, son occupation à une chose où il y a de quoi faire enrager les mécréants, et son abstention à l'égard d'une chose qui créerait de la faiblesse pour les Musulmans. Voilà pourquoi cette (abstention) lui vaudra plus de récompense divine, comme ce serait s'il s'abstenait de proclamer quelque formule de mécréance, par sa langue, jusqu'à être massacré.

• 2883. Si un Musulman se trouve chez les (ennemis) sous un sauf-conduit, et qu'ils ne lui interdisent pas de faire sortir vers le territoire islamique quelque objet qu'il aurait fabriqué, et ne le contraignent pas non plus de le leur remettre-en payant ou sans payer, peu importe-alors pas de grief à ce qu'il le fabrique sur le territoire ennemi et qu'il le fasse sortir vers le territoire islamique.

comm. Car dans cette fabrication il n'y a de sa part aucun renforcement des mécréants contre les Musulmans. Certes s'il craint que les (ennemis) ne lui enlèvent l'objet, alors il ne lui est pas licite de le fabriquer.

Ne vois-tu pas ceci? Il ne lui serait pas licite de faire sortir du territoire islamique un tel objet pour en faire commerce (=pour le vendre), mais il lui serait licite de le fabriquer pour en tirer personnellement profit (=pour son usage personnel), pourvu que (dans ce dernier cas) il sache que les (ennemis) ne le lui enlèveront pas. Il en sera de même dans le cas cité plus haut.

• 2884. Si un Musulman qui est allé territoire ennemi, il lui est désapprouvé de l'exploiter et d'en extraire le fer si c'est pour qu'on le lui enlève-en payant ou sans payer peu importe.

comm. Car le fer est à la base des armement. Donc son statut légal est le 1447
même que celui des * armements qu'on fabrique.

• 2885. Mais si le (Musulman) sait bien qu'on ne lui enlèvera pas ce (fer) sans son consentement, alors pas de grief à ce qu'il l'extraye et l'exporte vers le territoire islamique. Si on lui enlève une partie (de ce fer) et non l'autre partie, dans ce cas aussi il lui est désapprouvé de l'extraire, à moins que les Musulmans en aient besoin, ou qu'il y ait dans cette exportation une utilité (**rifq**) manifeste pour les Musulmans: alors, dans de telles conditions, il cherche par son acte (de l'exploitation minière) à augmenter les avantages pour les Musulmans, et non à leur faire du tort. C'est une chose dont il n'y a pas à faire grief. Si les (Musulmans) capturent quelques bêtes mais qu'il leur soit impossible de les faire sortir (vers le territoire islamique) alors, comme nous l'avons déjà mentionné, il faut qu'ils les égorgent puis qu'ils y mettent le feu. Mais il ne faut pas qu'ils coupent les jarrets d'aucune d'entre elles s'ils ont la

possibilité de l'égorger, que ce soit un boeuf ou une cavale de haras ou toute autre bête.

comm. Car il s'agit là (dans la coupure de jarrets) d'une mutilation (et d'une torture inutile), chose que le Prophète a interdit même quand il s'agit d'un chien enragé.

• 2886. Exception faite du cas où le boeuf ou la cavale de haras se comporte de telle façon qu'il leur est impossible de le capturer: alors pas de grief à ce qu'on lui coupe les jarrets en tirant (des flèches) sur lui;-

comm. Car le fait est qu'il leur est impossible de l'égorger, et que s'ils l'abandonnaient, il y aura là un avantage pour les mécréants. Voilà pourquoi pas de grief à ce qu'on lui coupe les Jarrets.

• 2887. On se fonde ici sur un récit selon lequel quand Ga'far at-Taiyâr désespéra de sa propre vie, lors de la bataille de Mu'ta, il descendit de son cheval et coupa les jarrets de ce cheval, puil il commenca à combattre jusqu'à ce qu'il fut tué.[1] Il est ainsi démontré qu'il n'y a pas à faire grief à un Musulman de descendre de son cheval pour combattre et pour s'avancer (vers l'ennemi).

comm. Car par un tel acte, il montre aux mécréants (ennemis) qu'il ne cherche point à les fuir; et cet acte (de couper les jarrets) est pour briser la puissance (éventuelle) des ennemis, et constitue une ruse de guerre, que plus d'un compagnon du Prophète ont employée.

Entre autres, 'Âşim Ibn Thâbit Hamî ad-dabar ("celui que protégea l'essaim de guêpes"): Il s'avança lors de la bataille d'ar-Rajî', pour combttre les Banû Lihyân. On l'appela "Celui que protégea l'essaim de guêpes" parce que quand il eut la certitude que l'ennemi allait le tuer, il pria Dieu: "Seigneur, j'ai protégé Ta religion par mon effort, protège donc ma chair". Quand il fut tué, Dieu envoya un essaim de guêpes qui protégea sa chair, et aucun des mécréants ne put s'approcher de lui pour lui couper la tête. Ils se dirent alors: "Attendez jusqu'à l'arrivée de la nuit, car les guêpes s'en vont pendant la nuit". Mais quand ce fut la nuit et qu'on le chercha, on ne le trouva pas (il avait été emporté par une inondation, dit-on). De là on le nomme "Celui que protégea l'essaim de guêpes".[2]

De même al-Mundhir Ibn 'Amr as -Sâ'idî qui s'avança au combat, lors de la
1448 bataille du Bi'r Ma'ûna, et * fut tué.[3] Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à faire grief à un Musulman de descendre de son cheval quand il veut combattre jusqu'à la mort ou à la victoire, et de briser alors le fourreau de son épée-et d'égorger son cheval: s'il en a la possibilité, alors pas de grief à ce qu'il lui coupe des jarrets-puis de s'avancer pour combattre jusqu'à la mort ou à la victoire.

Car dans tous ces actes, il y a eu "livraison de la marchandise", comme le

(1) Pour les détails voir Hamidullah, *Le Prophète de l'Islam*, § 558

(2) Hamidullah, op. cit., I, 154.

(3) Idem, • 737.

désigne cette parole de Dieu (Q. 9/111): **"Oui, aux croyants le Paradis! Ainsi Dieu a-t-Il acheté leur personne et leur biens: ils combattent dans le sentier de Dieu, puis ils tuent, aussi bien qu'ils sont eux-mêmes tués..."**

• 2888. Si les Musulmans assiègent les occupants d'un fortin qui se trouve sur leur chemin bien connu, alors pas de grief à qu'ils leur abattent les arbres et leur effacent les traces des sources d'eau. Nous avons déjà mentionné (supra, III, 217) que, s'ils n'assiègent personne, alors mieux vaut ne rien faire de tout cela sur un chemin bien connu.

comm. Afin que d'autres détachements de (Musulmans)-ou même ceux-ci, par la suite-n'en souffrent pas. Mais s'ils assiègent l'ennemi, alors cet agissement lui brise sa pique et l'incite à donner les mains; et les avantages de cet acte (d'abattre les arbres et d'effacer la trace d'eau) l'emportent sur le désavantage qu'on craignait pour une autre occasion. Voilà pourquoi, pas de grief à ce qu'on fasse cela.

Si les ennemis, qui assiègent un des fortins des Musulmans, capturent un Musulman, puis disent au prisonnier: "Indique-nous le point (faible) d'où nous puissions conquérir le fortin", il ne doit pas l'indiquer même s'il le sait, car ce serait aider les mécréants contre les Musulmans. S'ils le menacent de mort, il faut distinguer: Si son avis prépondérant est que s'il leur indique ce point, ils conquéreront le (fortin) et tueront les combattants et réduiront en esclavage les femmes et les enfants, alors il ne lui est pas licite de le leur indiquer.

Car dans son agissement il y aurait destruction des Musulmans. Or il n'est pas licite à un Musulman de sacrifier la vie d'un groupe de Musulmans pour protéger la sienne. Ne vois-tu pas que si on demande, sous menace de mort, à un (Musulman) de tuer quelqu'un, il ne lui est pas licite de le faire, même s'il s'agit d'un seul homme (à tuer)? A plus forte raison, il ne lui sera pas licite de faire une chose qui serait la cause de la destruction de tout un groupe de Musulmans. Ne vois-tu pas ceci? Si des gens viennent chercher parmi les Musulmans quelqu'un qu'ils veulent tuer, et qu'ils disent (à un de ces Musulmans): "Indique-nous-le. sinon nous te tuerons", et si son avis prépondérant est que s'il le leur indique, ils tueront l'homme (qu'ils cherchent), alors il ne lui est pas licite de le leur indiquer;-

• 2889. (Chaibânî) poursuit: Car Dans cet agissement il y aurait un manquement vis-à-vis des Musulmans; or il n'est pas licite à un Musulman de manquer en telle sorte qu'il cause la destruction d'un autre Musulman, * même s'il y 1449
a pour lui-même menace de mort. Oui , si ce (Musulman) sait pour certain que les (ennemis) ne tueront pas cet autre (Musulman), mais qu'ils le feront prisonnier et l'asserviront (=qu'ils en feront un serviteur) ou qu'ils lui enlèveront ses biens, alors ce Musulman a la faculté de le leur indiquer, pourvu que lui-même soit menacé de mort. Ce sera à l'instar du cas où les (ennemis) le contraindraient à détruire les biens d'un Musulman. Mais s'il refuse de le faire et si par conséquent il est tué, ce sera plus méritoire quant à la récompense divine, car il aura cherché à éviter un manquement à l'égard d'un Musulman, et montré sa solidité dans la religion, ce qui fait enrager les mécréants. Et cela est source de plus grande récompense;-

• 2890. Mais si celui que l'on contraint à indiquer le chemin du fortin (par un point faible) a l'avis prépondérant que s'il le leur indique ce chemin, ce sera cause d'une certaine faiblesse pour la puissance musulmane, mais que les Musulmans se feront justice de ces (ennemis) et les combattront, alors pas de grief à ce qu'il le leur indique si lui-même est menacé de mort.

comm. Car dans cette indication il n'y a pas destruction des Musulmans, mais seulement un peu plus de préoccupation (Chugh) et de souci (**hamm**) pour eux par suite de cette indication; alors il a la faculté de le faire s'il craint pour sa propre vie; bien qu'il soit plus méritoire pour cet homme de s'en abstenir. Ce sera à l'instar du cas où les (ennemis) demanderaient à un (Musulman): "Indique-nous où sont les armements, pour que nous les employions pour combattre les Musulmans, et si tu ne le fais pas nous te tuerons"; si l'avis prépondérant (de ce Musulman) est que si les (ennemis) faisaient cela, ils vaincraient les Musulmans, alors cet homme n'a pas la faculté de leur indiquer (le dépôt d'armes). Mais si son avis prépondérant est que les (ennemis) se renforceront de ces armes, mais que les Musulmans se feront justice d'eux, alors pas de grief à ce qu'il le leur indique, s'il est lui-même menacé de mort ou de mutilation. Mais s'il endure avec constance jusqu'à être tué, ce sera plus excellent pour lui.

• 2891. Si on dit à ce (Musulman): "Nous te tuerons à moins que tu ne te prosternes devant (notre) roi quand tu le verras": S'il se prosterne, il en a la faculté; mais s'il refuse jusqu'à être mis à mort, il méritera davantage la récompense divine.

comm. Car personne ne doit se prosterner devant quelqu'un d'autre que Dieu le Très Haut. Si les (ennemis) lui donnent l'ordre de se prosterner à titre de culte, ce sera comme s'ils lui donnent l'ordre de prononcer de langue une formule de mécréance, ou de se prosterner devant la croix. Or nous avons déjà mentionné que le (Musulman) a la faculté de le faire (extérieurement), s'il y a pour lui menace de mort, (cf. Q.16/106); bien qu'il y ait pour lui davantage de récompense divine s'il s'abstien, car cela montre sa solidité dans la religion. Mais s'ils lui donnent l'ordre de se prosterner à titre de salutation (hommage) et non pas à titre de culte (adoration), je préférerai que le (Musulman) le fasse et qu'il n'offre pas sa vie à la mort.

Car ce genre de prosternation était licite dans les religions d'avant nous; et en effet Dieu raconte (Q. 12/100): "**Et joseph éleva sur le trône ses père et mère, et tous tombèrent devant lui, porsternés...**" C'est comme s'ils lui avaient donné l'ordre de boire de l'alcool. Et nous avons déjà mentionné que dans de telles conditions, il lui faut le faire, quand il y a menace de mort pour lui. C'est donc pareil ici.

1450 • 2892. * Si le fortin, pour la conquête duquel les (ennemis) le contraignent à leur indiquer le chemin, ne contient que des femmes et des enfants, et que l'avis prépondérant de ce (Musulman) soit qu'ils les captureront et les réduiront en esclavage, alors aussi il ne lui est pas loisible de leur indiquer (le chemin).

comm. Car cela fait partie des manquements; or la capture et la réduction en

esclavage est **de jure** une destruction; c'est donc comme si on tuait ces gens, ce qui est la destruction **de facto**.

• 2893. Si dans ce fortin il n'y a que des biens, alors pas de grief à ce qu'il leur indique le chemin, s'il y a menace de mort pour sa personne. C'est comme s'ils le contragnaient à détruire lui-même quelques biens. Cependant, dans tous ces cas où il lui est loisible d'attenter la chose demandée sous contrainte, il faut considérer qu'il n'y a contrainte que quand on apprête l'execution dont on menace. Mais si on n'apprête pas cette exécution, il ne lui est loisible de faire quoi que ce soit de ce (qu'on lui demande).

comm. Car pour l'instant il est en sécurité, alors que la loisibilité d'attenter sous contrainte une chose illicite n'a lieu que quand la menace de mort est réelle.

• 2894. Mais dans les choses où il est impossible de savoir la vérité, l'avis prépondérant vaut le fait. Donc si l'homme sous contrainte sait par son avis prépondérant, qu'on a apprêté ce qui causera sa mort, c'est comme s'il le savait par certitude, peu importe si les (ennemis) l'ont menacé ou non. Ainsi s'il voit que les (ennemis) ont mis à mort plus d'un prisonnier dans des (circonstances) semblables, puis qu'ils s'avancent vers lui, alors il lui est loisible d'attenter (le chose demandée), même s'ils ne le menacent pas précisément de mort.

comm. * Car il le sait par son avis prépondérant. Et "heureux celui qui tire 1451
leçon du sort d'autrui."

• 2895. (Chaibânî) dit: Pas de grief à ce qu'on apprenne à tirer avec des arcs persans.

comm. Car c'est un moyen de briser la pique (la pointe) de l'ennemis et de causer sa faiblesse. Or il est fortement recommandé au Musulman (**mandûb**) de faire tout ce qui inflige du tort à l'ennemi.

• 2896. Il en est de même de la **husbân** (petite fleche persane), si l'on apprend à s'en servir pour la tirer sur l'ennemi.

comm. L'auteur parle de cela ici, car il y a beaucoup de gens qui déconseillent l'emploi de l'arc persan et citent même un hadith à ce propos. Mais ce hadith est rare (**chadhdh**), alors que le sujet est tel que tout le monde en a besoin (c.-à-d. qu'une telle interdiction par le Prophète devrait être connue de tout le monde). En outre une telle (interdiction) serait contraire au Livre de Dieu, car Dieu a dit (Q. 8/60): **"Préparez-leur tout ce que vous pouvez de force.."** Or un des moyens de force militaire est le tir à l'arc persan. Si l'on disait: "C'est déconseillé parce que c'est un produit étranger (**'ajam**, non arabe); alors que le combattant doit se servir de produits arabes dans les combats". Nous dirions: La catapulte aussi est un produit étranger (**'ajam**) et cependant le Prophète en a dressé une contre Tâ'if, quand Salmân al-Fârsî le lui a suggéré. De même creusser des fossés est aussi une tactique militaire étrangère (**'ajam**) alors que le Prophète s'en est servi sur le conseil de Salmân al-Fârsî. Il est donc démontré qu'il n'y a à faire grief de rien de ce qui fait

partie des ruses de la guerre, et il est égal que ce soit des choses étrangères connues des arabes ou non.

• 2897. Si quelqu'un est tué comme martyr et qu'il porte de la soie ou du **dîbâj**
1452 (soie à dessins), dont il s'était revêtu * pour les combats -selon l'avis de ceux qui le
déclarent licite-il faut le lui enlever et n'en rien laisser dans le linceul.

comm. Car nous avons déjà mentionné qu'on entrere le martyr dans les vêtements qu'il portait, et on lui enlève seulement ses armements. Or il s'était revêtu de ce (tissu de soie) comme d'armement (protection militaire), étant donné qu'il n'y a autorisation de le porter que comme armement (=protection militiaire) donc, tout comme on lui enlève les armements après qu'il est tombé martyr, on lui enlèvera la soie pure et la soie à dessins aussi, Et Dieu sait mieux la vérité.

1453

* Chapitre (148)

DE CE QUI EST PERMIS DE FAIRE SUR LE TERRITOIRE ENNEMI MAIS CE DONT LE SEMBLABLE NE SERAIT PAS PERMIS SUR LE TERITOIRE ISLAMIQUE

• 2898. Nous avons mentionné que celui qui est ellé sous sauf-conduit sur le territoire ennemi a la faculté d'obtenir des biens des (ennemis) de quelque façon qu'il le puisse, pourvu qu'il évite la trahison. Mais il n'est pas autorisé à leur dissimuler le défaut dans la marchandise qu'il leur vend, que cette vente soit licite sur le territoire islamique, ou non (comme l'alcool, le porc).

comm. Car il y a en cela un sens de tromperie.

Toutefois pas de grief à ce qu'un prisonnier ou un converti d'entre les habitants du territoire ennemi dissimulent le défaut de la marchandise qu'ils vendent aux (ennemis).

Car ces deux catégories d'hommes ont la faculté d'arracher aux (ennemis) des biens sans leur gré.

• 2899. Si le (Musulman) qui est allé chez eux sous sauf-conduit leur vend une pièce de dirham contre deux pièces de dirhams et à crédit pour un an, puis qu'il rentre dans notre territoire pour retourner par la suite dans le (territoire ennemi)-ou même si l'autre partie contractante sort vers (le territoire islamique) pour revenir par la suite dans le territoire ennemi-si ce (Musulman) obtient livraison de deux dirhams au terme d'un an, pas de grief là-contre (bien qu'un tel contrat usuraire soit illégal sur le territoire islamique).

comm. Car dès que l'un ou l'autre des deux rentre (sur le territoire ennemi) il reprend le statut qu'il avait au début du contrat.

• 2900. Mais à supposer que ces deux parties portent plainte sur notre territoire, le juge musulman ne s'occupera pas du tout de leur affaire.

comm. Car l'affaire n'a pas eu de racine sur notre territoire.

• 2901. * L'(ennemi) qui vient chez nous sous sauf-conduit n'est absolument pas lié par la loi islamique[1] A supposer qu'il embrasse l'Islam, ou se fasse naturaliser comme Dhimmî, puis que les deux parties portent plainte, le juge musulman annulera cette vente-là, et donnera l'ordre de rendre le capital (le vrai prix sans intérêt) à celui qui l'a versé.

comm. Car la conversion à l'Islam, qui a lieu après le contrat mais avant l'obtention de la possession (du prix), est comme l'Islam coincidant avec le contrat, en ce qui concerne l'interdiction d'obtenir possession (de l'intérêt): C'est à l'instar du cas où un Dhimmî vend de l'alcool à un autre Dhimmî, sur notre territoire, puis que l'une des parties embrasse l'Islam avant que la possession ait eu lieu. Ou à l'instar du cas où un Musulman vend à un autre Musulman du jus de raisin et que ce jus fermente (devient alcool) avant la possession. On se fonde à ce propos sur cette parole de Dieu (Q. 2/278-9): **"... et renoncez au reliquat de l'intérêt, si vous êtes croyants. Et si vous ne le faites pas, alors recevez l'annonce d'une guerre de la part de Dieu et de Son envoyé. Et si vous vous repentez, alors à vous vos capitaux..."** Voilà la directive précise: tant que le (non-Musulman) n'a pas obtenu possession (de l'intérêt), il doit y renoncer dès qu'il embrasse l'Islam (et se contenter du capital seulement).

• 2902. Il en sera de même si les habitants de cet endroit embrassent l'Islam avant que le Musulman (en question) ait obtenu possession de ce que l'ennemi en guerre (maintenant citoyen islamique) lui avait stipulé.

comm. Car cet endroit est devenu territoire islamique avant qu'on ait obtenu possession de l'intérêt selon le contrat. Donc cet endroit et celui qui était déjà territoire islamique au moment de la conclusion de ce contrat seront considérés comme égaux,-contrairement à ce qui est vrai du cas de l'ennemi qui se rend chez nous (sous sauf-conduit), car la loi islamique ne s'applique pas à lui;-l'indice de (cette difference) est que le juge musulman écoutera le cas de (l'habitant du pays nouvellement rattaché au territoire islamique) et donnera l'ordre que les deux parties rendent cet interêt dont elles n'ont pas encore obtenu possession. On se fonde à ce propos sur un récit qui dit que le jour de la conquête de la Mecque, le Prophète proclama: "...et l'intérêt du temps de l'Ignorance est aboli... et le premier intérêt, par lequel je commence, c'est l'intérêt dû à mon oncle paternel al-'Abbâs Ibn 'Abd al-Muttalib..."[2] Il commença par son oncle pour qu'il soit bien démontré que ses commandements n'étaient point comme ceux des rois, qui, dans des pareils cas, épargnent leurs proches parents et visent les étrangers, alors que le Prophète commença par son plus proche parent, son oncle paternel, et lui interdit * d'obtenir 1454
possession de ce dont il n'avait pas encore obtenu possession. Le Prophète ne contrecarra pas ce dont on avait déjà obtenu possession (avant le rattachement du territoire à l'Etat Islamique).

(1) Mais voir infra ch. 3039, pour un avis contraire.

(2) Pour le texte complet de ce célèbre discours, voir Hamidullah, **Le Prophète de l'Islam**, I, 179.

• 2903. Il y a quelque divergence quant à l'époque de la conversion d'al-'Abbâs à l'Islam. Les uns disent qu'il l'embrassa avant la bataille de Badr. Les autres disent qu'on le fit prisonnier à Badr, puis qu'il embrassa l'Islam et demande l'autorisation du Prophète pour regagner la mecque-ce qu'il fit-et là, il continua de contracter des transactions à intérêt, jusqu'à la Conquête (de la Mecque par le Prophète), cependant que le verset du Qur'ân interdisant l'intérêt avait été révélé déjà avant cette (Conquête).

Ne vois-tu pas que le Prophète avait dit aux deux Sa'd[1], (probablement Sa'd Ibn 'Ubâda et Sa'd Ibn Mu'âdh), lors de la bataille de Khaibar: "C'est un contrat à intérêt, rendez-le"? La parole de Dieu (Q. 3/130): **"... ne mangez pas de cet intérêt qui va multiplient de double en double..."** fut révélée lors de la bataille d'Uhud (de l'an " H.), qui eut lieu plusieurs années avant la conquête de la Mecque (de l'an 8 H.). Malgré cela, le Prophète n'annula, lors de la Conquête (de la Mecque) aucune des transactions (d'avant la Conquête) sauf celles dans lesquelles la possession de l'objet du contrat n'avait pas été achevé (c.-à-d. l'intérêt n'avait pas été payé). Il est donc démontré qu'un; contrat à intérêt passé sur le territoire ennemi entre un Musulman et un ennemi (non-Musulman) est licite; mais si cet endroit devient territoire islamique avant que la possession (de l'intérêt) ait été réalisée, alors on interdira de donner la possesion découlant de ce contrat.

• Si un Musulman vend de l'alcool à un ennemi (sur le territoire ennemi), et le lui livre et obtient possession du prix, puis que les habitants de la région embrassent l'Islam (pour se rattacher au territoire islamique), alors on laissera ce prix à ce Musulman.

comm. Car la juridiction islamique s'est appliquée à leur transaction après que la possession de la chose interdite a été obtenue et que le contrat a pris fin.

• 2905. Mais si la (conversion) a lieu avant que possession de l'alcool ait été donnée, il incombera au Musulman de rendre le prix.

comm. Car l'islamisation de la partie oblige cette partie à rejeter toute chose interdite dont elle n'a pas encore obtenu possession.

• 2906. Il en sera de même si la possession de l'alcool a été donnée mais que le Musulman n'ait pas obtenu possession du prix avant que les habitants de la région aient embressé l'Islam: le Musulman (d'origine) n'aura pas la faculté de demander le prix à l'autre. C'est le contraire dans le cas où un Dhimmî vend de l'alcool à un autre Dhimmî et le lui livre, mais que le (vendeur) embrasse l'Islam avant d'avoir obtenu posession du prix.

comm. Car dans ce dernier cas, le contrat entre les deux parties était valide; donc le prix sera considéré comme une créance en faveur du Musulman (vendeur), et cela par l'effet du contrat, ce qui fait que sa conversion à l'Islam ne l'empêchera pas d'obtenir cette possession. Au contraire dans le cas en discussion (survenu avec

(1) Peut-être ce cas est-il le même qu'on a cité vers la fin du ch. 139, supra.

un ennemi en guerre), le contrat, au fond, n'était pas correct, mais il s'agissait d'un Musulman s'emparant des biens des ennemis, de leur bon greé, (donc on le tolérait). Cette (licéité) s'évanouit dès que les habitants de la région (y compris le partie contractante) embrassent l'Islam. Voilà pourquoi le Musulman (d'origine) n'aura faculté de rien lui réclamer.

• 2907. * A supposer que le (Musulman) ait obtenu possession du prix et qu'il 1456
ait livré une partie de l'alcool puis que les habitants de la région embrassent l'Islam, alors on laissera au (Musulman d'origine) une partie du prix en proportion de l'alccol déjà livré, et il lui incombera de rendre le reste à l'autre, car celui-ci n'a pas obtenu possession de tout l'alcool (du contrat).

comm. (pour les besoins du contrat), on considérera la partie comme un tout.

De même si ce (touriste musulman) remet à un ennemi mille dirhams pour que l'autre lui paie cent dinars au bout d'un an: si, lors de l'échéance du terme, il obtient possession de la moitié (de la marchandise), et qu'ensuite les habitants de la région embrassent l'Islam, alors on lui laissera la quantité reçue en proportion du capital, et il lui faudra rendre le restant du capital.(1)

Car il ne lui est plus possible d'obtenir possession de ce qui reste selon ce contrat vicieux. Voilà pourquoi il lui faut rendre proportionnellement le restant du capital. Ce sera comme si l'objet de cette vente à terme (**muslam fîh**) s'était perdu chez les gens.

• 2908. Mais si cette même transaction survenant sur le territoire ennemi a lieu entre deux Musulmans, peu importe qu'ils y soient allés sous sauf-conduit ou qu'ils aient été fait prisonniers de guerre, elle sera nulle et non avenue.

• 2909. Si la même transaction se déroule entre deux hommes qui ont embrassé l'Islam sur le territoire ennemi, la réponse sera la même.

comm. Tel est l'avis de Chaibânî. Mais selon Abû Hanîfa, ce cas est comme cet autre du contrat passé entre un Musulman et un ennemi en guerre, sauf que ce genre de contrat est déconseillé (entre deux Musulmans sur le territoire islamique, mais non entre les convertis restés sur le territoire ennemi). Car l'immunité des biens s'établit dès la conversion, en ce qui concerne le péché devant Dieu;(2) mais pour les décrets du tribunal, on prand en considération la mise en sécurité (des biens du converti) au moyen du territoire (islamique), chose qui n'a pas lieu ici.

• 2910. Si deux ennemis en guerre venus chez nous sous sauf-conduit font une affaire de ce genre, puis qu'ils portent leur litige devant le tribunal musulman, celui-ci annulera le contrat.

(1)Le contrat est ordinairement vicieux, car pour le change des monnaies on exige que ce soit au comptant, et non à terme. Avec les ennemis en guerre, c'est permis dans la mesure où l'affaire prend fin avant sa conversion; donc avant l'islamisation de cet ennemi. Dans le cas présent, une partie s'achève avant sa conversion; donc cette partie sera valide, le reste non.

(2) Ainsi الآثام dans le MS de Paris, la lre éd. portant: الآثار

comm. Car, pour les affaires contractuelles survenues sur notre territoire, ces deux hommes sont comme des Dhimmîs.[1] Or si deux Dhimmîs concluent des contrats à intérêt, puis potent leur litige devant le tribunal musulman, (au lieu du tribunal de leur communauté), il annulera ces contrats.

Annulera de même les contrats passés entre deux annemis venus sous sauf-conduit. Exception faite toutefois des contrats de vente d'alcool ou de porc passés entre ces (non-Musulmans). Car ces objets sont, pour eux, des biens appréciables; et à ce propos les ennemis venus sous sauf-conduit et les Dhimmîs sont pareils.

• 2911. A supposer que le contractant musulman se trouve sous la puissance résistante des Musulmans (dans l'armée assiégeante, par exemple) et que l'ennemi en guerre lui parle du haut de son fortin (assiégé) pour conclure un contrat qui serait viceux s'il avait lieu entre deux Musulmans, ce contrat ne sara pas valide.

comm. Car eu égard à la partie contractante qui se trouve sous la puissance résistante des Musulmans, ce contrat est vicieux. Si un contrat est vicieux pour l'une des parties contractantes, cela suffit pour le vicier entièrement.

Nous avons déjà mentionné que beaucoup de maîtres de notre école (hanafite) sont a'vais que, dans ce cas, le contrat est validé, car les biens d'un ennemi en guerre sont licites pour un Musulman; c'est comme si ce (Musulman) était allé chez eux sous sauf-conduit. Mais Chaibânî prend en cosidération le lieu du contrat, et pense que c'est comme si l'ennemi était venu dans le campement musulman sous sauf-conduit-ou même dans le territoire islamique-et qu'il eût conclu là ce contrat avec les Musulmans. Puisqu'un tel contrat est invalide s'il a lieu quand les deux contractants se trouvent sous la puissance resistante (ici, juridiction) des Musulmans, il en sera de même si un seul des contractants s'y trouve. Mais les autres maîtres montent bien la différence entre les deux cas. Car si l'ennemi sort (de son pays) pour venir chez nous sous sauf-conduit, ses biens obtiennent immunité et protection (de notre part); et c'est le contraire, dans le cas où il est toujours sous sa propre puissance résistante, étant donné que, là ses biens ne jouissent d'aucune immunité (de la part des Musulmans).

• 2913. Si les mécréants (ennemis) font prisonnière une esclave musulmane pour la mettre en sécurité au moyen de leur territoire, puis qu'un Musulman qui est allé chez eux sous sauf-conduit ait la possibilité de la voler et de la faire sortir vers le territoire islamique, il ne doit pas faire cela.

1457 **comm.** * Car les (ennemis) en sont devenus propriétaires au moyen de la mise en sécurité, au point que s'ils embressaient l'Islam-ou devenaient des Dhimmîs-elle resterait leur propriété. Or la trahison est chose interdite.

• 2914. Mais s'il leur agrée de la vendre contre de l'alocool ou du proc ou un cadavre (de bête non égorgée, toutes choses sans valeur pour un Musulman), il lui

(1) Pour un avis différent, voir supra • 3030.

sera loisible de l'acheter, car il la leur rend de leur bon gré; donc il n'y a pas là un sens de trahison.

comm. (Chaibânî) cite ce problème ici, pour montrer que l'opinion d'Abû Yûsuf n'est pas fondée. Car si Abû Yûsuf admettait cette transaction, il devrait inéluctablement admettre la validité des autres contrats mentionnés plus haut. Et s'il disait: "Je ne l'autroise pas; je le déonseille à un Musulman", ce serait une énormité de sa part, car il laisserait une Musulmane en la main d'un ennemi en guerre et qui aurait avec elle des rapports sexuels-chose interdite pour une Musulmane- et cela malgré la possibilité que ce Musulman a de la racheter contre de l'alcool. Une telle opinion (de la part d'Abû Yûsuf) ne serait pas admissible.

• 2915. Puis quand ce (Musulman) l'aura achetée contre de l'alcool et qu'il l'aura fait venir sur le territoire islamique, elle sera son esclave à lui (et non au propriétaire d'origine), au point que s'il l'émancipe, cette émancipation sera exécutoire; et si son maître d'origine se présente, celui-ci sera obligé de la prendre, s'il le veut, contre paiement de la valeur.

comm. Car cet (acheteur musulman) en este devenu propriétaire par le bon gré des (ennemis), et non au moyen d'une vente valide.(1) C'est comme si les (ennemis) la lui avaient remise en don pour qu'il la fasse sortir vers le territoire islamique.

• 2916. Ainsi est démontrée la différence entre ce qui se déroule sur le territoire ennemi et ce qui se déroule sur le territoire islamique. Car si cet ennemi en guerre se rendait chez nous sous sauf-conduit et ramenait avec lui cette jeune esclave, il ne serait pas loisible à un Musulman sur notre territoire * de la lui acheter 1458
contre de l'alcool;

• 2917. Et s'il le faisait et si par la suite le litige venait devant le juge musulman, celui-ci annulerait cette vente et remettrait la jeune esclave à l'ennemi venus sous sauf-conduit, tout en obligeant ce dernier à la vendre à un Musulman (de façon valide).

comm. Car c'est une Musulmane. Donc le (juge) ne la laissera pas dans le titre de propriété d'un non-Musulman, et il ne laissera pas cet (ennemi) la ramener sur le territoire ennemi. Ce sera comme si une esclave (de cet ennemi, touriste) embrassait l'Islam sur le territoire islamique.

• 2918. Si une armée ennemie, dotée de puissance résistante, entre sur le territoire islamique, puis qu'un Musulman s'y rende sous sauf-conduit pour conclure ce même genre de contrat (d'échange contre de l'alcool etc.), qui n'est pas valide entre deux Musulmans, pas de grief là-contre.

comm. Car la raison (litt.: le sens) pour laquelle ce contrat était permis au (Musulman) dans le territoire des (ennemis) existe si ceux-ci ont une puissance résistante sur le territoire islamique, à savoir: qu'il est licite au Musulman de leur

(1) Donc il n'est pas question d'un prix, mais seulement de la valeur.

enlever leurs biens; il incombe cependant au Musulman d'éviter toute trahison du sauf-conduit qu'il a obtenu (de la part des ennemis). Donc si le Musulman conclut ce contrat (d'échange contre de l'alcool, etc.), il évite toute trahison tout en faisant acquisition de l'(objet recherché, ici, la jeune Musulmane). Cette (explication) démontre que l'avis qu'ont donné les (autres) maîtres juristes est plus correct, car l'endroit où les ennemis se sont installés ici (chez nous) n'acquiert pas le statut du territoire de l'ennemi en guerre, néanomins il reste licite au Musulman d'entamer un tel contrat, étant donné que subsiste la licéité d'arracher leurs biens (aux ennemis). Il en sera donc de même si l'ennemi est dans sa puissance résistante et que le Musulman contractant avec lui soit aussi dans la puissance résistante des Musulmans.

• 2919. Si un des peuples ennemis conclut la trêve avec les Musulmans, puis qu'un Musulman se rende chez eux pour vendre un dirham contre deux dirhams, il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car par la trêve, il devient interdit aux Musulmans de leur enlever leurs biens sans leur bon gré, car ce serait une trahison de la trêve. Donc si le (Musulman) obtient leur consentement, ce sens de trahison s'évanouit. Voilà pourquoi ce qu'il obtient est bon (bien que normalement l'échange d'un dirham contre deux soit chose intérdite).

• 2920. Si un ressortissant de ce pays en trève profite de la trêve pour se rendre sur le territoire islamique, il jouira de la protection, et si par la suite il conclut un pareil contrat (d'échange d'un dirham contre deux) avec un Musulman, le juge musulman le déclarera nul.

comm. Car cet (étranger) est dans la même situation qu'un ennemi en guerre venu sur notre territoire sous un sauf-conduit. Or nous avons déjà mentionné que tout ce qui n'est pas licite quand une partie est musulmane et l'autre dhimmîe, ne peut être qu'illicite quand l'affaire se fait entre un Musulman et un ennemi venu sous sauf-conduit.

• 2921. Si un Musulman se rend chez ce peuple qui a conclu le pacte de trêve-ou même sur un territoire en guerre, sous sauf-conduit-et qu'il y vende des marchandises à crédit pour un terme dit, puis qu'il fasse un compromis avec eux pour qu'il lui hâtent le paiement tandis que lui même rabattra du prix, ce compromis sera licite.

comm. Car l'interdiction d'un tel contrat (de rabais) sur le territoire islamique provient du fait qu'il y a là un sens d'intérêt (usure), étant donné qu'au fond il y a échange de dirhams (peu nombreux contre plus nombreux). Or nous avons déjà mentionné qu'un contrat portant intérêt est licite entre un Musulman et un ennemi en guerre s'il a lieu sur le territoire ennemi. Donc le contrat en question sera valide. (Chaibânî) tire ici argument du récit sur les Banu'n-Nadîr (cf. supra § 2835): Quand le Prophète donna l'ordre de les expulser (de Medine), ils dirent: "Mais nous avons des créances qui n'ont pas encors échu." Alors le Prophète: "Diminuez (le montant de la dette) et hâtez (le remboursement)". Or il valide ce (rabais) parce qu'il

s'agissait d'ennemis en guerre. nous apprenons ainsi qu'un tel contrat est valide entre un Musulman et un ennemi en guerre, bien qu'il ne soit pas valide entre deux Musulmans sur notre territoire.

• 2922. A supposer que dans ce cas-là les parties se mettent d'accord pour le compromis, mais qu'avant que le (Musulman) ait obtenu possession de ce que les (ennemis)acceptent de payer plus tôt, l'autre partie embrasse l'Islam-ou que toute la région se convertisse (pour se rattacher au territoire islamique)- alors cette disposition s'annulera, et il incombera à l'autre partie de payer tout le prix au terme, pour la raison que nous avons évoquée.

comm. * Car l'islamisation, qui survient avant que le but du contrat ait été 1459
atteint, sera considérée comme si elle avait existé au moment du contrat.

• 2923. Si dans ce contrat il est stipulé que le (Musulman) rabattra la moitié, à condition que l'autre partie rembourse (immédiatement) l'autre moitié, et si l'ennemi en guerre lui paie le tiers du montant dû, mais qu'il en reste encore un sixième à payer quand cet ennemi en guerre embrasse l'Islam, alors le compromis sera entièrement annulé, et il incombera au Musulman de rendre ce dont il a obtenu possession, tandis que l'(ex-)ennemi en guerre sera redevable de la totalité de la dette à terme. C'est le contraire de ce qu'il en était à propos de la vente de l'alcool (citée plus haut).

comm. Car là il s'agissait d'échange de commodités, des deux côtés, donc l'affaire prenait fin dans la proportion où la possession en était donnée. Ici au contraire, dans le compromis, il n'y a pas, au fond, un écahange (de peu contre beaucoup), mais l'(ennemi) hâte le paiement de la moitié du prix à condition que le (Musulman) rabatte l'autre moitié du prix. Donc le compromis ne s'achève que quand toute la stipulation est remplie, à savoir quand on a obtenu possession de toute la moitié stipulée. Si cela n'a pas lieu et qu'entre temps l'ennemi en guerre embrasse l'Islam, la totalité du compromis est annuleé.

Ne vois-tu pas ceci? Si un Musulman doit quelque chose à un autre Musulman, puis que tous deux fassent un compromis en vertu duquel le créancier rabattra la moitié (du prix) à condition que l'autre partie hâte, le jour même, le remboursement de ce qui en reste, si cet autre paie seulement une partie de ce qu'il doit et non le reste, et que le jour s'écoule, alors tout ce compromis sera annulé, et le créancier aura la faculté de réclamer le paiement de la totalité de (la dette originelle).

Car il avait acquitté l'autre d'une partie (de la dette) à condition que celui-ci hâterait le restant, le jour même. Donc si la condition n'est pas remplie, l'acquittement est annulé, et toute la dette originelle reste à son compte. Il en sera donc de même dans le cas en discussion. Et tout pouvoir provient de Dieu.

1460 * Chapitre (149)

DE CE QU'UN MUSULMAN PRISONNIER DE GUERRE EST AUTORISÉ À ACCEPTER SUR LA DEMANDE DES ENNEMIS

• 2924. Si l'on rapproche le prisonnier de supplice et qu'on lui dise: "Tendis ton cou"; s'il tend le cou, pas de grief là-contre.

comm. Car s'il tend le cou, il n'aide pas ces (ennemis) contre sa personne, non plus qu'il ne les autorise à le mettre à mort, étant donné qu'il sait que n'importe comment ils le tueront, qu'il tende le cou ou non. Il y a même quelque chance qu'en se conformant à leur directive il adoucisse leurs coeurs et les amène à renoncer à ce meurtre. Ou encore son geste peut lui procurer plus de confort, de sorte que s'il ne tendait pas le cou, ils pourraient le tuer de façon plus brutale qu'ils ne le feront s'il tend le cou. pour ces raisons, il lui est licite de tendre le cou, même quand il sait que les (ennemis) ne renonceront pas à son supplice.

• 2925. A supposer que s'il ne tend pas le cou, eux tendront son cou pour le tuer, mais pas plus, (c.-à-d. sans lui faire d'autre violences) dans ce cas il lui est déconseillé de leur tendre le cou.

comm. Car ce serait une façon de les autoriser à le tuer. Or il n'est pas permis aux musulmans de le faire. Donc il ne lui est pas loisible de s'avancer nâtivement vers la (mort), sauf pour un but correct, à savoir: s'il espére ainsi adoucir leurs coeurs, ou s'il craint qu'ils ne le tuent de façon plus brutale qu'ils ne le feront s'il tend le cou. Dans ce cas il est libre: s'il le veut, il peut rendre le cou, et s'il le veut, il ne le fait pas, étant donné que le choix lui est laissé pour un but correct à ce propos. Pour cette raison, s'il le veut il profitera de la permission et, s'il le veut, il se cramponnera à ce qui est le devoir principal (**'azîma**).

• 2926. Selon le même principe, si les (ennemis) veulent lui couper un de ses organes et qu'il leur tende lui-même cet organe, cela lui est loisible s'il le fait pour un but correct. Mais s'il n'a aucun but correct, alors il ne lui est pas loisible de le faire. Ne vois-tu pas que, s'ils lui demandent: "Habille-toi pour que nous te tuions", et qu'il s'habille afin de cacher sa nudité, ce n'est pas les aider contre sa personne?

comm. Car s'habiller n'a rien à faire avec le supplice; et s'il le fait, c'est dans un but correct, à savoir: que sa nudité ne se laisse pas voir lors de sa mise à mort.

• 2927. (Chaibânî) poursuit: On nous rapporte que quand Sa'îd Ibn
1461 al-Musaiyib * refusa de prêter serment,[1] on lui dit: "Habille-toi" puis quand il l'eut fait on lui donna des coups (de foutes). Alors lui de dire: "Quant à moi, si j'avais pensé qu'ils ne voulaient pas me tuer, je ne me serais pas habillé". En effet il s'était habillé à leur demande parce qu'il avait pensé qu'on voulait le mettre à mort.

---

(1) Pour reconnaitre al-Walid et Sulaimân comme héritiers successifs du calife Abd al-Mâlik ('Aintâbî)

comm. Nous apprenons ainsi que s'habiller n'est pas aider quelqu'un contre soi-même; et donc pas de grief là-contre.

• 2928. Il en sera de même si les (ennemis) s'approchent du (soldat musulman), alors qu'il est dans une maison, sans possibilité de s'échapper, et s'ils lui disent: "Sors pour que nous te tuions": alors, pas de grief à ce qu'il sorte, pourvu qu'il y ait à cela quelque but correct, par exemple s'il craint que s'il ne sortait pas, eux le mutileraient (avant le supplice).

comm. Il en est ainsi parce qu'en sortant vers eux, il n'a aucune recherche de la mort, mais il veut seulement fuir la mutilation; et de cela, il n'y a pas à lui faire grief.

• 2929. * De même, s'ils veulent le crucifier et que, sur leur commandement, il monte sur l'appareil de bois (gibet, **khachaba**).

comm. Car il y a un but correct, à savoir d'éviter la peine des coups incessants, ou d'éviter une mutilation (en sus de la mort), ou un supplice plus brutal que celui de la crucifixion.

• 2930. Mais il n'en sera ainsi que si l'appareil de bois est tel qu'il n'y a pas crainte de mort dans le simple fait d'y monter. Mais si le (condamné musulman) craint de mourir rien qu'en y montant, alors il ne lui est pas loisible d'y monter.

comm. Car en montant sur un tel appareil de bois il se donnerait à lui-même la mort. Or il n'est aucunement permis de se suicider. Dieu a bien dit (Q. 4/29): "**... et ne vous tuez pas vous-mêmes....**"

• 2931. Si les (ennemis) allument un feu et disent au (prisonnier): "Saute dedans", et s'il y a ces deux possibilités: qu'il s'en sauve ou qu'il ne puisse pas s'en sauver, alors il ne lui est pas licite de sauter dedans.

comm. Car en sautant dedans il se fera tuer lui-même, alors qu'il ne lui est permis ni de se tuer ni d'aider quelqu'un à le tuer. Ainsi lui est déterminée la seule possibilité, qui est de s'abstenir, pour qu'il soit tué par leur acte s'ils le mettent à mort.

• 2932. Exception faite du cas où ils le menacent de le tuer d'une façon pire que celle de se jeter soi-même dans le feu. Alors il lui est loisible de sauter dans le feu.

comm. * Car il le fait pour un but correct, à savoir qu'il fuit la peine des coups 1462
de fouet ininterrompus, ou la mutilation (en sus de la mort). Donc il lui est permis de le faire.

• 2933. De même s'ils lui donnent l'ordre de se noyer dans l'eau. Ce cas et le précédent (celui du saut dans le feu) sont égaux. Si on l'amène pour le mettre à mort et que les (ennemis) veillent se servir d'une mauvaise épé, mais que lui leur dise: "Prenez cette épé, la mienne, et tuez-moi avec", cela ne lui est pas licite: il aura commis un péché par cette parole-là.

comm. Car de même qu'il ne lui est pas licite de se donner la mort quoi qu'il arrive, de même il ne lui est pas licite de donner ordre (aux autres) de le tuer. En effet s'il leur donne l'ordre de le tuer, l'ordre qu'il donne est une désobéissance à Dieu, alors qu'il n'est pas permis d'ordonner la désobéissance (le péché).

• 2934. Certes, s'il ne leur dit pas: "Tuez-moi", mais qu'il dise: "Mon épée est meilleure que celle-ci (la vôtre), et plus tranchante pour le but que vous poursuivez", et qui cherche par là quelque confort (moins de douleur), J'espère que cela lui sera loisible.

comm. Car il ne leur a pas précisément donné l'ordre de le mettre à mort; et dans ce qu'il a dit, il y a un but correct, à savoir: se mettre à l'abri de ce qui survient quand la mort est lente. En plus de cela, il n'a pas donné une réponse absolue, mais il l'a fait dépendre d'un espoir. Car donner des armes (aux ennemis) c'est en qeulque sorte (les) aider à tuer, au contraire des cas précédents où il s'agissait de tendre le cou, de s'habiller, ou de monter sur l'appareil de bois (gibet).

• 2935. Selon le même principe, si les (ennemis) veulent lui ouvrir le ventre, et qu'il leur dise: "Ne faite pas cela; Coupez-moi plutôt la tête", cela ne lui est pas loisibile.

comm. Car là il y a une précision pour un acte de désobéissance à Dieu.

1463 • 2936. * Mais s'il ne dit pas "coupez (la tête)", mais qu'il dise: "Craignez Dieu et ne m'ouvrez pas le ventre! car il ne faut pas faire cela, étant donné que couper la tête est plus confortable et plus beau" pas de grief à une telle (parole).

comm. Car il interdit ici précisément ce qui est désobéissance à Dieu, tandis qu'il ne donne pas précisément l'ordre de couper la tête: il les informe seulement que ce serait plus excellent que ce qu'ils veulent. Voilà pourquoi cela lui sera loisible. Ne vois-tu pas que si (malgré sa parole) ils le relâchaient, il aurait commis un acte de désobéissance à Dieu-car il aurait ordonné avec précision une désobéissance (péché)-tandis qu'il ne commet pas de péché en disant: "couper la tête est plus confortable et plus beau"?

Ne vois-tu pas encore ceci? S'il dit: "Couper la tête est plus confortable et plus beau, mais craignez Dieu et ne m'infligez rien de tout cela", puis qu'ils lui coupent la tête, aucun péché, si Dieu veut, ne pèsera sur lui, à cause de ce qu'il a dit.

• 2937. Il en sera de même si un prisonnier (musulman) autre que celui qu'on veut tuer dit cette parole. Donc si l'autre dit: "Craingez Dieu et ne mutilez pas cet homme, car vous pouvez atteindre votre but en lui coupant la tête", j'espère que cet autre n'aura pas commis un péché, tandis que s'il dit (simplement): "Lui coupez la tête", il sera un pécheur.

comm. Le résultat de cette discussion est que le but de la mise à mort et celui des autres actes sont pareils en tout ce que nous avons mentionné. Car il n'est pas loisible d'ordonner précisément-contre soi-même ou contre autrui-une chose qui est un acte de désobéissance à Dieu.

Ne vois-tu pas ceci? Si ce (prisnnier-là) dit: "Ne lui faites pas cela aujourd'hui, mais faites-le demain", il aura commis un péché en disant: "faites-le-lui demain", peu importe si les autres l'écoutent ou non. Tandis que s'il dit: "Reportez cela * jusqu'a demain", il ne sera pas pécheur.

• 2938. Si les (ennemis) veulent le frapper d'une épée au ventre, puis qu'il dise: "Craignez Dieu, et ne frappez pas l'endroit de la nourriture mais frappez le cou", il aura commis un péché en disant: "Frappez le cou". Tandis que s'il dit: "Frappez un endroit autre que celui de la norriture est plus beau", il ne sera pas pécheur. Et s'il dit à celui qui frappe (=au bourreau): "Monte ta main plus haut que l'endroit de la nourriture", ou: ".... plus bas que l'endroit de la nourriture", je crain qu'il ne soit pécheur, au contraire du cas où il dirait: "Ne frappez pas sur l'endroit de la nourriture."

comm. Car dans ce dernier cas, il lui interdit de commettre un acte de désobéissance à Dieu, tandis que l'autre formule était un impératif pour une chose qui est une désobéissance à Dieu, étant donné que l'expression "Descends ta main" ou: "monte ta main" veut dire "frappe plus bas que l'endroit de la nourriture", ou "plus haut que l'endroit de la nourriture", alors qu'il n'est pas licite d'ordonner un acte de désobéissance envers Dieu ni de forme ni de fait, même si cela devait comporter une certaine diminution de (la douleur) d'un Musulman et que le but de celui qui le dit fût cette diminution.

Par tous ces exemples il est démontré qu'il incombe à un homme de prendre en considération aussi bien les mots que le sens de ce qu'il dit. On se fonde ici sur un récit concernant al-'Abbas et que voici: On avait demandé à al-'Abbâs: "Es-tu plus grand que le Prophète ou bien le Prophète est-il plus grand que toi?", et il répondit: "Le Prophète est plus grand que moi, mais je suis plus âgé que lui."

On rapporte que (le calife) Hârûn ar-Rachîd vit, en rêve, que ses dents inférieures étaient tombées, et en demanda la devination à certain devin; et celui-ci de dire: "Tes proches parents vont mourir avant toi". Cela ne lui plut pas; et il fit donc partir ce devin et en appela un autre, qui répondit: "Tu vivras plus longtemps que tes proches parents". Le calife lui fit des éloges et lui donna une récompense. Certes, les deux façons de dire avaient le même sens, mais cela montre qu'il faut faire attention aussi aux mots employés.

• 2939. * Si un Musulman et son fils ont été fait prisonniers et que les 1464
(ennemis) veuillent les mettre à mort tous deux, et si le père dit: "Faites que mon fils me devance pour que j'endure pour Dieu le chagrin de sa mort", il aura commis un péché, par sa parole, peu importe que les (ennemis) s'y conforment ou non.

comm. Car il leur ordonne une chose qui est désobéissance à Dieu le Très Haut:

Mais s'il dit: "Je veux endurer pour Dieu la mort de mon fils, donc ne me tuez pas avant lui", j'espère qu'il ne sera pas pécheur. Car il n'ordonne pas précisément qu'on le tue ni qu'on tue son fils.

• 2940. Si c'est le fils qui dit: "Tuez -moi avant mon père", il aura commis un péché. Mais s'il dit: "Ne tuez pas mon père avant moi, car je crains que cela m'afflige", il n'y a pas de péché pour lui en cela. De même, s'ils veulent frapper le père ou son fils, puis que le (condamné) dise: "Aiguisez vos épées", pas de péché en cela. Mais s'il dit: "Aiguisez-la d'abord, puis tuez-moi avec", il sera un pécheur.

comm. Car donner l'ordre d'aiguiser ne comporterait en lui-même aucunement le sens de désobéissance à Dieu, s'il n'y avait pas, en ce que veulent les (ennemis) un sens de désobéissance à Dieu, à savoir la mise à mort d'un Musulman. Cela existe, certes, dans les intentions des (ennemis), mais cela n'existe pas dans la parole de ce (Musulman). Au contraire s'il disait: "....puis tuez-moi", ce serait une précision dans un ordre qui vise une désobéissance à Dieu. Et c'est là ce qu'il n'est pas loisible de faire. Et Dieu sait mieux!

1465 *** Chapitre (150)**

DE CE QU'IL EST PERMIS À UN PRISONNIER MUSULMAN ET DE CE QU'IL NE LUI EST PAS PERMIS DE FAIRE SI LES (ENNEMIS) L'Y CONTRAIGNENT.

• 2941. Si les (ennemis) disent à un prisonnier musulman: "Tue pour nous ce prisonnier musulman que voici, sinon nous te tuerons", il ne lui est pas loisible de le tuer, car un hadith a bien dit: "Le meurtre ne constitue pas le moyen de se protéger".

comm. Une autre raison est qu'ils lui ordonnent une chose qui est une désobéissance à Dieu, alors que "Pas de désobéissance à une créature dans la désobéissance à Dieu". En tentant de le tuer, ce (prisonnier) se sert de l'âme de l'autre, qui a droit à autant de respect, comme d'un moyen de se protéger. Il tente ainsi une chose qui fait partie des prévarications contre les hommes, et pas de permission légale en cela.

• 2942. S'ils lui disent: "Aiguise pour nous cette épée-ci pour que nous puissions en tuer cet homme musulman que voilà",-ou même s'ils n'ajoutent pas cette phrase additionnelle, -il faut distinguer: S'il n'y a aucune crainte pour sa propre vie, il doit n'en rien faire.

comm. Car ils lui donnent l'ordre de faire une chose dont ils se renforceront pour combattre les Musulmans. Or il n'y a pas permission légale de les aider en une telle chose, à moins qu'ils le menacent de mort en cas de refus; auquel cas, pas de grief à ce qu'il le fasse, car ainsi il s'évite la mort à lui-même. Il en est ainsi parce que s'il ne fait pas cela, les (ennemis) ont la capacité de tuer le prisonnier (en question) sans cette épée-là.

Il en est de même s'ils disent: "Rabote pour nous cette poutre pour que nous puissions y crucifier ce Musulman-là, sinon nous te tuerons", il lui est permis de le faire;-

Car en ce qu'ils lui demandent il n'y a pas (directement) mise à mort d'un

Musulman, étant donné que les (ennemis) ont la capacité de tuer celui-ci d'une autre façon;-

• 2943. Mais néanmoins s'il s'en abstenait pour subir lui-même la mort, il mériterait la récompense divine.

comm. Car dans son abstention il y aurait chagrin " et rage pour eux.

* Il en est de même s'ils lui disent: "Saisis sa tête pour que nous puissions la 1466
lui couper, sinon nous te tuerons", il y a, si Dieu le veut (=peut-être), permission de le faire.

Car saisir la tête d'un Musulman n'est nullement le tuer. Mais (Chaibânî) a ajouté ici, (comme on vient de voir), une réserve à cette réponse, car il y a quand même, dans cet acte, molestation d'un autre Musulman, (c.-à-d. que Chaibânî hésite dans ce raisonnement). Au contraire, dans le cas où l'on aiguise l'épée ou rabote la poutre, il n'y a dans cet acte aucune molestation d'un Musulman.

• 2944. De même si les (ennemis) lui donnent l'ordre de garrotter les mains et les pieds de l'(autre prisonnier).

comm. Car dans cet acte il n'y a pas destruction de la vie de cet (autre).

Ne vois-tu pas que s'il n'y a rien de plus que ce garrottage, il n'y a pas de dommage (particulier) pour la victime du garrottage? En tout cas, cet ordre de leur part n'est pas pire que celui de prononcer la parole de mécréance, alors qu'il est permis (par le Qur'ân) de la prononcer, sous la crainte, bien que s'en abstenir soit plus méritoire. De même donc ici.

• 2945. Si la main du bourreau (ennemi) est faible et qu'on dise à ce (prisonnier): "Appuie-lui sur la main avec la tienne pour que nous puissions tuer cet (autre prisonnier), sinon nous te tuerons", il ne lui est pas permis de le faire.

comm. Car en cet acte il y a directement aide au meurtre, alors qu'il n'est pas permis d'aider à tuer un Musulman. Le Prophète a bien dit: "Quiconque aura aidé à l'effusion du sang d'un Musulman, fût-ce par la moitié d'un mot, il arrivera, au jour de la résurrection, avec (les mots): 'Désespéré de la Miséricorde de Dieu', inscrits sur ses yeux" (=sur son front pour que tout le monde les lise et le sache).

• 2946. Si les (ennemis) lui disent: "Indique-nous où se trouve l'épée de cet (autre prisonnier) pour que nous puissions le tuer avec: sinon nous te tuerons", il ne sera pas pécheur, si Dieu le Très Haut le veut, s'il le leur indique;-

comm. Car cet acte n'est pas directement le meurtre; et s'il ne leur indiquait pas cela, ils seraient quand même capables de tuer cet (autre prisonnier) avec une pierre ou toute autre chose. (Chaibânî) ajoute une réserve (d'hésitation), car indiquer le (moyen du) meurtre est en quelque sorte participer directement au meurtre. Ne vois-tu pas que si un pèlerin sacralisé indique à un (non sacralisé) quelque gibier, il aura à faire autant d'expiation que doit en faire celui qui tue (ce gibier, cf. Q. 5/95)?-

• 2947. Toutefois s'il ne (le) leur indique pas et subit la mort, il méritera la récompense divine, si Dieu le Très Haut le veut.

comm. Car il s'abstient d'un acte qui est en quelque sorte comme un meurtre.

• 2948. Sur la même base, s'ils lui demandent son épé pour en combattre les Musulmans, et s'il s'en s'abstient, il méritera la récompense divine. Mais s'il la leur donne, sous menace de mort, pas de grief là-contre.

comm. Ne vois-tu pas ceci? S'ils lui disent: "Si tu nous donnes ton épé, nous relâcherons cet (autre) prisonnier musulman", il lui est licite de le faire, vu qu'il y a avantage d'un autre Musulman. Donc s'il y a sauvetage pour lui-même, ce sera ainsi à plus forte raison.

1467 • 2949. * (Chaibânî) poursuit: Ne vois-tu pas que les ennemis rendent des prisonniers de chez eux aux Musulmans, et ceux-ci des leurs, à titre d'échange de prisonniers?

Mais échanger un prisonnier contre un autre prisonnier soulève des problèmes dont nous parlerons en leur place (ch. 156), si Dieu le veut. Cet acte est licite, selon l'opinion de Chaibânî énoncée dans ses ouvrages les plus couramment consultés (**Zâhir ar-riwâya,** cf § 158 note). En outre, il est plus amer-(variante: nocif) -aux Musulmans de rendre un prisonnier aux (ennemis) que de leur remettre des armements. Donc s'il est permis de leur rendre un prisonnier pour faire échapper un Musulman, il le sera à plus forte raison de leur donner des armements dans le même but.

• 2950. Si un prisonnier échappe aux (ennemis) et que ceux-ci disent à un autre prisonnier-qui sait où se trouve l'(évadé)-: "Indique-nous le pour que nous puissions le tuer, sinon nous te tuerons", il ne sera pas permis à cet autre de le leur indiquer.

comm. Car forunir une indication qui donne la capacité de mettre à mort, c'est en quelque sorte comme de s'occuper directement de la mise à mort, comme dans le cas du gibier (lors de la sacralisation, cas mentionné plus haut). en outre, il y a manquement envers ce prisonnier qui s'évade, étant donné que les (ennemis) ne le demineront que grâce à l'indication de la part de cet autre (prisonnier). Donc ce dernier leur procure, par son indication, la capacité de le tuer. Or il n'est pas permis de manquer de cette façon à un Musulman.

Si les (ennemis) assiègent un des fortins des Musulmans, puis disent à un prisonnier qui est en leur mains: "Indique-nous le point (faible) par où nous pouvons entrer dans le fortin, ou le point par où l'eau (=le ruisseau) entre dans le fortin, sinon nous te tuerons", si ce (prisonnier) sait que son indication leur permettra de s'emprarer du fortin et de massacrer ceux qui s'y trouvent, -ou si c'est son avis prépondérant, -il ne doit pas le leur indiquer.

Car par cette indication, il leur procure la capactié de tuer les Musulmans et de réduire en esclavage les femmes et les enfants et de pécher (**litt.**: faire l'illicite) avec leurs femmes.

Ne vois-tu pas ceci? S'ils lui disent: "Nous te tuerons à moins que tu nous

procures telles jeune fille que nous puissions violer", et si ces (ennemis) ne sont pas en mesure de s'emparer d'elle, à moins d'une indication de la part de ce (prisonnier), il ne lui est pas permis de la leur indiquer. Il en sera donc de même de ce qui précède. Il est de règle que l'avis prépondérant tient lieu de certitude dans les cas où on ne peut pas savoir la vérité

• 2951. * Si les (ennemis) parviennent à faire un prisonnier puis disent à un 1468
(autre prisonnier): "Nous voulons placer cet homme comme cible pour tirer (des flèches) sur lui; indique-nous où trouver un arc et des flèches pour tirer dessus; sinons nous te tuerons", si ce (prisonnier) le leur indique, il en aura la permission, si Dieu le veut.

comm. Car ce (nouveau prisonnier) est en leur main et ils ont la capacité de le mettre à mort par un autre moyen. Donc, par son indication, l'autre ne leur procure pas la capacité de le tuer.

• 2952. Sauf dans le cas où ce prisonnier (évadé) ne trouverait dans un endroit où seuls des flèches réussiraient à le tuer, alors dans ce cas il n'est pas permis au (premier) de leur indiquer où trouver l'arc et les flèches.

comm. Car il leur procurera par son indication la capacité de le tuer. (Chaibânî) explique tous ces problèmes d'après l'indice fourni par le cas du gibier: Si quelqu'un aperçoit un gibier dans un endroit dont il ne voit pas le chemin et si un pèlerin en état de sacralisation lui indique le chemin et que l'autre y aille et tue le (gibier), alors l'expiation incombera à l'indicateur (sacralisé).

• 2953. De même si ce (prisonnier) n'a d'autre possibilité que de tirer des flèches sur le (gibier) mais qu'il n'ait pas de (flèches) et si un pèlerin sacralisé lui indique où trouver l'arc et la flèche-ou les lui prête lui -même-et si le (chasseur) tire avec cela et tue le (gibier), l'expiation incombera au sacralisé. Mais si ce (chasseur) veut tuer un gibier et qu'après avoir monté son cheval, il dise à un pèlerin sacralisé: "Donne-moi ma lance", si ce pèlerin sacralisé la lui donne, rien ne lui incombe.

comm. Car l'autre a la capacité de tuer le gibier sans que ce (pèlerin) lui tende (la lance). toutefois, ce pèlerin aura commis un péché par ce qu'il aura fait, car sous un certain aspect, son acte aura aidé l'autre à tuer le gibier. Or il n'est pas permis à un pèlerin sacralisé de le faire.

• 2954. Il en sera de même si le (chasseur) emprunte au sacralisé un couteau et en égorge le gibier.

comm. Car le gibier est déjà en sa main, et il a la capacité de le tuer même sans ce couteau, mais le (pèlerin) aura commis un péché par ce qu'il aura fait, étant donné que, sous un certain aspect, il l'aura aidé à tuer un gibier. Et Dieu sait mieux la vérité.

1469 *** Chapitre (151)**

DE CE QU'IL EST PERMIS DE CHOISIR DANS UNE ALTERNATIVE

• 2955. Si les mécréants (ennemis) mettent le feu à l'un des bateaux des Musulmans, alors selon l'avis d'Abû Hanîfa et d'Abû Yûsuf, celui qui se trouve sur ce bateau a le choix: S'il le veut, il peut rester (**litt.**: persévérer) dans le feu jusqu'à être brûlé vif, et s'il le veut, il peut se jeter à l'eau pour être noyé.

comm. Car des deux façons, il a la certitude de périr, mais dans chaque terme d'alternative il y a un but (=un intérêt). Car le feu est plus rapide pour tuer, mais plus douloureux aussi, étant donné qu'il (consume et) déintègre les organes, tandis que l'eau est plus lente pour tuer, mais là il y a aussi davantage d'angoisse (**ghamm**). Or les natures humaines diffèrent selon les individus, les uns préfèrent la douleur de la blessure mais le repos rapide, à l'angoisse que cause l'eau et la lenteur de la mort qu'elle donne; les autres choisissent l'angoisse de (la noyade lente dans) l'eau plutôt que la douleur de la blessure. Donc c'est à l'individu de choisir le terme de l'alternative qu'il veut.

• 2956. Mais selon l'avis de Chaibânî, il y a divers aspects à considérer: S'il y a espoiis de sauvetage et crainte de mort dans les deux termes d'alternative, il aura le choix;-

comm. Car s'il reste dans (l'incendie), il cherche par là à trouver peut-être quelque moyen de sauvetage qu'il espère; de même s'il se jette à l'eau, il cherche par là à trouver, par son acte, un moyen de sauvetage;-

1470 • 2957. * Mais s'il a la certitude que dans l'un des deux termes de l'alternative il y a la mort, tandis que dans l'autre il y a quelque espopoir de sauvetage, il lui incombe de faire ce en quoi il y a espoir de sauvetage.

comm. Car il est de son devoir (religieux) de repousser toute cause de destruction de sa personne, dans la mesure du possible, et il lui est interdit de se donner la mort.

• 2958. Et s'il y a la certitude de périr dans les deux termes de l'alternative, alors il lui incombe de persévérer là où il est, et il ne lui est pas parmis de se jeter à l'eau.

comm. Car s'il se jette à l'eau, il périra par son propre acte; et s'il persévère, il périra par l'ecte d'autri. Or périr par l'acte d'autrui est préférable à la mort qu'on se donne par son acte propre. Ne vois-tu pas ceci? Si un prévaricateur (un tyran) dit à quelqu'un: "Donne-toi à toi-même la mort, sinon je te tuerai", il n'est quand même pas permis de se suicider. Mais contre cet argument (de Chaibânî), Abû Hanîfa dira: Persévérer dans une chose qui dure est comme de la commencer. Donc rester à cette place jusqu'a ce que le feu y parvienne est le fait de cet homme, exactement comme de se jeter à l'eau est son acte propre. (Et d'ajouter): Il ne faut pas assimiler ce cas à celui de la contrainte (au suicide), car dans la menace, la certitude qu'on a de mourir

n'est pas aussi grande que si on se donnait la mort à soi-même. Car il arrive parfois que celui qui contraint menace mais n'exécute pas tandis qu'ici dans le problème en discussion (du bateau incendié), la certitude de périr est égale dans les deux termes de l'alternative.

• 2959. Chaibânî tire argument du cas d'un homme qui entre dans une maison à côté de laquelle il y a une autre maison: si un incendie éclate dans les deux maisons et que cet homme ait la certitude de périr, peu importe s'il persévère dans la maison où il se trouve ou s'il saute dans l'autre: dans ce cas la loi est formelle: il doit persévérer, et il ne lui est pas loisible de se transférer dans l'autre maison.

comm. Il y a des maîtres de notre école (hanafite) qui disent que "la divergence (entre Chaibânî et Abû Hanîfa) est la même dans les deux cas. Or il est dans l'habitude de Chaibânî d'expliquer ce qu'il dit en en appelant le témoignage d'une règle contestée à une règle contestée". Mais il est plus correct de dire que tous les (grands maîtres) disent la même chose. Abû Hanîfa dira que la différence entre les deux cas est la suivante: Dans le cas présent, la cause de destruction est la même dans les deux maisons (incendiées), et il n'y a aucun avantage (**litt.** : but) pour l'homme * à se transférer de l'une à l'autre. Au contraire on donne le choix à 1471
quelqu'un entre deux choses quand il y a dans l'une d'elles une utilité quelconque; quand au cas du bateau, la cause de la destruction est différente (dans l'alternative de persévérer dans la bateau ou de sauter à l'eau), car comme nous l'avons expliqué, l'eau n'est pas du même genre (de destruction) que le feu et il y a, pour l'homme, une utlité à lui donner le choix; et c'est pour cela que nous avons admis le (choix).

• 2960. Si un mécréant transperce de sa lance un Musulman, et que le Musulman veuille s'enfoncer sur la lance pour frapper l'autre avec son épée, il faut distinguer: Si, en s'enfonçant dessus, le Musulman craint la mort tandis qu'il espoir de se sauver s'il se dégage de la lance, alors il lui incombe de s'en dégager;-

comm. Car s'enfonçer sur la lance dont on est transpercé, c'est aider à sa propre mort, tandis que le devoir de chacun est d'abord de se défendre dans la mesure du possible et ensuite d'atteindre (un but) dans son ennemi;-

• 2961. Toutefois si les deux termes de l'alternative lui donnent égale certitude de la mort, ou du sauvetage dans les deux (cas)-de sorte que sa blessure ne s'aggravera pas-alors pas de grief à ce qu'il s'enfonce sur la lance jusqu'à frapper l'autre avec son épée; mais s'il le veut, il peut se dégager de la lance.

comm. Car quel que soit son choix dans cette alternative, il lui faudra se dégager de la lance. Mais Chaibânî fait une différence entre ce cas et le cas précédent, et dit:

• 2962. Dans l'autre cas, se jeter à (l'eau) n'est, en aucun sens, atteindre l'ennemi en quoi que ce soit, tandis qu'ici, s'enfoncer sur la lance est, en un sens, atteindre l'ennemi et le conquérir. Or c'est à ce dernier but qu'il lui est licite de tenter. Mais dans tous ces cas, on ne peut agir que selon la prépondérance de l'avis qu'on a.

comm. Car il n'y a aucun moyen de savoir la vérité de l'affaire. Or dans les choses de ce genre, la prépondérance de l'avis équivaut à une certitude.

• 2963. Si un Musulman s'attaque, à lui tout seul, à mille personnes: s'il espère les conquérir ou leur infliger du tort, alors pas de grief à cela.

comm. Car par son agissement il a l'intention d'atteindre l'ennemi en quelque chose.

• 2964. En effet, plus d'un compagnon du Prophéte l'ont fait devant le Prophète, le jour de la bataille d'Uhud, et le Prophète ne les en a pas desaporouvés; il a même donné la bonne annonce du martyre, à quelqu'un qu'i lui demandait l'autorisation de se (lancer). Certes, si on n'a aucun espoir d'infliger du tort (aux ennemis), alors il est désapprouvé d'agir ainsi.

comm. Car c'est détruire sa personne sans utilité pour les Musulmans, ni tort pour les mécéarnts (ennemis).

1472 • 2965. * On peut certes tenter cela pour commander le bien et pour interdire la mal, même quand on sait que les gens vont vous tuer et que par votre tentative leur ressemblement ne va pas se disperser.

comm. Car dans ce cas (de commander le bien etc.), les gens sont des Musulmans, et ajoutent foi au bien qu'on leur commande. Donc inéluctablement le comportement (de celui qui commande le bien aux méchants au risque de sa vie) doit infliger quelque tort (= peine, à leurs coeurs (conscience) même s'ils ne le divulguent pas. Mais dans cet autre cas (de se lancer contre mille ennemis), les gens sont des mécréants, et ne croient pas en la vérité de l'Islam; donc l'agissement (de ce téméraire) ne peut pas leur infliger de peine au fond de leur (conscience). La condition nécessaire pour une tentative (téméraire) est qu'il y ait apparemment la possibilité d'infliger de la peine.

• 2966. A supposer qu'il n'y ait pas d'espoir d'infliger de la peine (aux ennemis), mais que cela puisse encourager les (autres) Musulmans contre ces (ennemis), et qu'ainsi l'agissement de cet homme cause (indirectement) du tort aux ennemis, alors pas de grief à cela, si Dieu le veut.

comm. Car s'il espère causer du tort par son agissement, il lui est licite de le tenter. Il en sera donc de même s'il espère causer du tort aux (ennemis) par l'agissement d'autres que lui-même.

De même s'il espère par là terrifier les ennemis et faire pénétrer en eux la faiblesse, alors pas de grief à cela non plus.

Car c'est le plus excellent des moyens d'infliger du tort (aux ennemis), et là il y a de l'utilité pour les Musulmans. Chacun dépense sa propre personne (=se sacrifie) pour une telle utilité.

• 2967. Si celui qui est monté sur le bateau ressent le feu et sa chaleur au moment où le feu parvient jusqu'à lui, puis qu'il n'y ait d'autres moyens pour lui que de se jeter à l'eau: s'il le fait, cela lui sera licite, si Dieu le veut.

comm. * Car à ce moment, il est poussé à se jeter (à l'eau) par le feu du bateau, tandis que dans le cas précédent il se jetait à l'eau sans que personne l'y pousse à se jeter. Or on ne peut pas imaginer que quelqu'un l'ait poussé (à se jeter) sans que l'acte de ce dernier l'ait atteint. Dans ce cas c'est l'acte de celui qui pousse qui l'atteint, tandis qu'ici (en se jetant de son propre chef), c'est son propre acte qui l'atteint. 1473

Ne vois-tu pas ceci? Si l'on allume un feu et qu'on dise à quelqu'un: "Nous te donnerons des coups de fouet jusqu'à ta mort, à moins que tu te lances toi-même dans le feu pour te faire brûler vif", il ne lui est pas licite de se jeter dans le feu. Certes s'ils lui donnent des coups de fouet au point qu'il s'émeuve violamment et s'agite de sorte qu'il tombe dans ce feu, j'espère que cela lui sera chose licite.

Car dans ce cas c'est celui qui donne des coups qui le pousse (au feu). En outre la peine des coups de fouet l'a déjà atteint, tandis que la peine du feu ne l'a pas encore atteint. Donc il veut fuir la peine qui l'a déjà atteint. Donc j'espère que cela lui est licite.

• 2968. On se fonde ici sur le récit de Hudhaifa, qui dit: "En vérité l'épreuve du coup de fouet est plus dur que celle de l'épée; il arrive qu'en recevant des coups de fouet on monte au poteau (**litt.:** sur l'appareil de bois, sur le gibet)".

comm. Il veut dire (par l'appareil de bois) qu'on veut le crucifier. Et tout pouvoir provient de Dieu.

1474

* Chapitre (152)
DES COMBATS DES MUSULMANS EN COMPAGNIE DES MÉCRÉANTS CONTRE D'AUTRES MÉCRÉANTS

• 2969. (Chaibânî) dit: Il ne faut pas que les Musulmans combattent des gens mécréants en compagnie d'autres gens mécréants.

comm. Car les deux groupes sont partisants du Diable; Or "**les partisants du Diable, c'est eux les perdants**" (cf. Q. 58/19). Il ne faut donc pas que le Musulman s'amalgame avec l'un de ces deux groupes, augmentant ainsi la "noirceur" (=le grand nombre) des (mécréants), et se fasse tuer pour les défendre. Il en est ainsi parce que c'est la loi de la mécréance qui prévaut (dans ce groupe), alors que le Musulman combat pour porter secours aux gens de la Vérité, et non pour que la loi de la mécréance prévaille.

De même il ne faut pas que quelqu'un des Loyalistes combatte les Khârijites (rebelles), en compagnie des autres Khârijites, quand c'est la loi de Khârijites qui prévaut (dans le groupe auquel participe le Musulman loyal).

Car il est permis de combattre en compagnie de rebelles musulmans s'ils s'inclinent devant l'ordre de Dieu (cf. Q. 49/9). Or dans le cas présent des combats, ce but n'est pas atteint (**litt.:** réalisé), étant donné que c'est la loi des Kharijites (reblles) qui prévaut.

• 2970. Mais pas de grief à ce que les Loyalistes combattent, en compagnie des Kharijites, contre les Mécréants d'entre les ennemis en guerre.

comm. Car dans ce cas, les (Loyalistes) combattront pour repousser le mal (**fitna**) de la mécréance et pour faire prévaloir l'Islam. Et ces combats sont même ordonnés (= imposés par la loi), en quelque sorte, en ce sens qu'il s'agit là de faire prévaloir la parole de Dieu (cf. Q. 9/40), au contraire du cas précédent, où les combats étaient pour faire prévaloir quelque chose qui dévait de la voie de la Vérité (c.-à-d) le Kharijisme), tandis qu'ici c'est pour établir la vraie voie.

• 2971. En outre cette (participation avec les Khârijites dans la guerre contre les non-Musulmans) n'est permise que s'il n'y a violation d'aucun pacte conclu (par les Musulmans) avec ces (non-musulmans) Au contraire, si les (Kharijites) ont d'abord donné l'aman à une peuplade puis les trahissent, alors il n'est pas permis aux loyalistes de combattre en leur compagnie.

Car remplir l'aman est obligatoire, étant donné que le Prophète écrivait dans chaque pacte: "Accomplissement et point de trahison en cela!" Si les Musulmans loyalistes sont empéchés de combattre en compagnie des (Khârijites) dans tel endroit particulier (où cela entraînerait une trahison), cela ne les empêche pas de combattre, en compagnie des (Khârijites), d'autres ennemis en guerre ne jouissant d'aucun aman de la part des (Musulmans).

comm. Car dans ces combats il n'y a pas le sens de trahison, mais de faire prévaloir l'Islam.

• 2972. Si les ennemis en guerre disent aux prisonniers (musulmans) qui se
1475 trouvent en leur main: "Participez aux combats en * notre compagnie contre nos ennemis, gens de mécréance (non-musulmans), si ces ennemis sont eux-mêmes des non-Musulmans et alors que les (prisonniers musulmans) n'ont rien à craindre pour leur vie (dans cette guerre entre deux peuplades non-musulmanes) au cas où ils ne participeraient pas aux combats, alors il ne leur faut pas combattre en leur compagnie.

comm. Car dans ces combats, on cherche à faire prévaloir la mécréance, tandis que le combattant (musulman) risque sa vie; donc il n'est pas permis (au prisonnier musulman) de le faire, sauf dans le but de fortifier la Religion (islamique) ou de se défendre.

Mais si es (Musulmans) craignent pour leur propre vie devant ces autres mécréants, alors pas de grief à ce qu'ils combattent (en compagnie de ceux qui les ont fait prisonniers), étant donné qu'ils combattront ainsi pour repousser le mal du massacre de leurs propres personnes.

Car ces (Musulmans) se sentent en sécurité pour leur vie chez ceux en la main de qui ils se trouvent, mais ils ne se sentiraient pas en sécurité s'ils tombaient en la main de ces autres (non-Musulmans). Voilà pourquoi il leur est licite de combattre pour défendre leurs propres personnes.

• 2973. Mais si les (ennemis) disent à ces (prisonniers musulmans): "Participez aux combats en notre compagnie contre nos ennemis mécréants (=non-musulmans), sinon nous vous mettrons à mort", alors pas de grief à ce qu'ils participent aux combats pour se défendre;-

comm. Car dans ce cas ils se défendent du mal d'un massacre de leurs propres personnes;-

suite: * Et il leur est licite de tuer ces autres mécréants. Donc pas de grief à ce 1476
qu'on tente ce qui est licite, quand la nécessité se fait sentir (**litt.:** se réalise) à cause de la contrainte (en question). Il est même parfois obligatoire (de faire ce qui est désapprouvé) comme par exemple de manger d'un cadavre de bête et de boire du vin (quand on est affamé et assoiffé à l'extrême).

• 2974. Et s'ils leur disent: "Participez aux combats en notre compagnie contre les Musulmans, sinon nous vous mettrons à mort", il ne sera pas permis aux (prisonniers musulmans) de combattre les Musulmans.

comm. Car c'est formellement interdit aux Musulmans. donc il n'est pas permis de tenter de le faire à cause d'une menace de mort. C'est comme si on disait à l'un d'eux: "Tue ce Musulman, sinon je te tuerai".

• 2975. Oui, s'ils les menacent pour qu'ils prennent place dans leurs rangs sans toutefois mener de combats contre les Musulmans, j'espère que cela leur sera loisible.

comm. Car en ce cas ils ne feront rien contre les Musulmans, et cet acte (de rester dans les rangs des non-Musulmans) ne fait pas partie de prévarication.

• 2976. Le plus qu'on puisse dire, du mal qu'ils feront aux Musulmans, c'est qu'ils les feront croire à l'immensité de la "noirceur" (au grand nombre) des mécréants. Ce sera donc comme si l'on contraignait un (Musulman) à détruire des biens de musulmans, sous une menace destructrice (menace de mort pour lui-même): Si les Musulmans ne craignent rien pour leur vie de la part de ces mécréants (qui les contraignent) alors il ne leur faut pas prendre place avec eux dans leurs rangs, même s'ils le leur commandent.

comm. Car cette (prise de place dans les rangs ennemis) peut terrifier les Musulmans et jeter parmi eux la frayeur et la panique (**fachl**). Or à moins qu'une nécessité pressante ne se réalise (= se fasse sentir), il n'est pas permis à un Musulman de tenter une telle chose.

• 2977. * S'ils disent aux prisonniers (musulmans): "Participez aux combats en 1477
notre compagnie contre des ennemis également en guerre avec les Musulmans, et avec cette condition que nous vous laisserons partir quand la guerre sera terminée", et s'il leur vient à l'esprit que ces (ennemis) disent la vérité, alors pas de grief à ce qu'ils combattent en leur compagnie.

comm. Car ainsi ils repoussent d'eux-mêmes la captivité. Cet (espoir) n'est pas moins important que le risque qu'ils courent de la part de ces autres mécréants

(contre lesquels on les invite à faire la guerre). Donc tout comme il leur était permis de tenter (de combattre) dans ce cas-là, cela leur est permis aussi dans ce cas-ci.

Si l'on disait: "Comment cela peut-il leur être permis, alors que cela va renforcer ces (non-Musulmans) contre les Musulmans, étant donné que s'ils l'emportent sur leur ennemi (non-musulman), ils seront rassurés de ce côté, et s'avanceront pour combattre les Musulmans? Et il se peut même qu'ils obtiennent en butin des bêtes de combats et des armements de cet ennemi, et se renforcent par là contre les Musulmans." "Nous dirions: Ceci est hypothétique (**mauhûm**), tandis que dans l'immédiat, ce qu'obtiennent ces (prisonniers musulmans) est une chose connue: sortir de la captivité des mécréants moyenant ces combats. Donc on donne préférence à ce côté (: au réel contre l'hypothétique).

Ne vois-tu pas ceci? Si ces (ennemis) demandent au chef de l'Etat musulman comme rançon de ces (prisonniers) un nombre égal de mécréants (prisonniers en la main des Musulmans), ou même des bêtes de combats et des armements, il lui sera licite de le faire pour faire échapper ces (Musulmans) à la captivité, et malgré le fait que ce que les (ennemis) obtiendront des Musulmans les renforcera.

• 2978. Si les (ennemis) disent (aux prisonniers): "Aidez-nous contre les musulmans soit par des combats, soit en augmentant la "noirceur" (=le nombre) de notre armée, et avec la condition que (par la suite) nous vous laisserons partir", il ne sera pas licite aux (Musulmans) de le faire.

comm. Car en aucune situation il n'est permis de combattre les Musulmans, non plus de jeter la fraveur dans leurs coeurs, tant que la nécessité pressante ne se réalise pas (=ne se fait pas sentir) par la crainte de mort pour les personnes (des prisonniers), chose qui n'existe pas dans le cas présent.

• 2979. S'ils disent: "Combattez en notre compagnie notre ennemi- d'entre les mécréants (non-Musulmans)- avec la condition que nous vous relâcherons dans notre pays sans vous laisser rentrer dans vos familles", il ne faut pas que les (Musulmans) combattent en leur compagnie (avec cette condition).

1478 **comm.** * Car si ces (prisonniers) sont en immunité pour leur vie, et ne craignent la perte ni de la vie ni d'un organe, alors il n'y a pas de différence pour eux entre être retenus dans le pays des (ennemis) ou incarcérés dans leur prison, étant donné que dans les deux cas ces (Musulmans) seront coupés de leurs familles et de leurs frères, les Croyants (=Musulmans). Donc il ne leur faut pas mener des combats qui fassent prévaloir la loi de la mécréance, sans qu'il y ait apparemment d'utilité pour eux (les prisonniers musulmans).

• 2980. Certes si ces (prisonniers) souffrent de tort et d'épreuve (**bala'**) et craignent pour leur vie, alors pas de grief à ce qu'ils combattent les autres mécréants en compangnie de ces (ennemis qui les ont fait prisonniers), si ces derniers disent: "Nous vous ferons sortir de cette situation (vôtre)".

comm. Car, alors, dans ces combats, ces (prisonniers) ont un but correct, à savoir: repousser l'épreuve et le tort qui leur sont survenus.

• 2981. Si les (ennemis) relâchent ces (prisonniers) pour qu'ils rentrent dans le territoire islamique, et que ceux-ci rencontrent des biens appartenant à ces (ennemis) alors pas de grief à ce qu'ils s'en emparent clandestinement pour les faire sortir en territoire islamique.

comm. Car ils sont prisonniers en la main de ces (ennemis), tant qu'ils ne sont pas rentrés (sur le territoire islamique), même si on les a relâchés. Donc il n'y a pas trahison d'aucun aman passé entre les deux groupes, si ces (prisonniers) s'emparent de leurs biens et tuent leurs personnes, au cas où cela leur est possible. Au contraire c'est infliger (aux ennemis) un tort légitime. En effet la situation de ces (prisonniers) est comme celle des aventuriers (**mutalassis**) qui font une razzia dans le territoire ennemi.

suite: A supposer que ces (prisonniers) parvient à faire sortir ces (butins dans le territoire islamique) et s'ils constituent une puissance résistante, il faudra séparer de ces butins le cinquième gouvernemental, le reste étant partagé entre eux selon les règles des quotes-parts du butin.

comm. Car dès qu'ils (les) font sortir jusqu'en territoire islamique, ils accomplissent leur mise en sécurité.

• 2982. * Il en sera de même s'il s'agit de biens appartennant à des mécréants 1479
contre lesquels ils ont mené des combats (en compagnie de ceux chez qui ils étaient prisonniers), et que ce fait (du butin) soit resté caché à ceux en la main de qui ils étaient prisonniers, de sorte que ces (ennemis) ne les leur enlèvent pas, alors ce sera égal que ces (butins clandestins) soient, à l'origine, des biens arrachés (par ces ennemis) aux (autres) Musulmans ou des biens appartennant aux ennemis en guerre eux-mêmes.

comm. Car tous ces biens appartiennent aux mécréants, (mêmes ceux arrachés aux Musulmans puis mis en sécurité dans le territoire ennemi). Les Musulmans (prisonniers libérés) n'accomplissent leur mise en sécurité qu'après les avoir fait sortir en territoire islamique.

• 2983. A supposer que ces (ennemis qui les ont fait prisonniers) leur disent: "Vous combattrez en notre compagnie notre ennemi, et vous remettrez tous les butins sans en prendre quoi que ce soit, et avec la condition que nous vous relâcherons", alors ce cas et le cas précédent sont égaux.

comm. Car le plus qu'on puisse déclarer c'est que ces butins s'amalgament avec les biens de ceux (qui ont fait prisonniers ces Musulmans).

suite: Et nous venons de dire qu'il n'y a pas à faire grief à ces (prisonniers) d'enlever les biens des (ennemis), qui les ont fait prisonniers) s'ils y parviennent.

comm. Car il n'y a pas d'aman etntre ces (prisonniers) et les ennemis en guerre (qui les ont fait prisonniers). Rien d'autre: Il est interdit de s'emparer des biens licites (selon le droit de belligérance), s'il y a en cela trahison de l'aman donné.

• 2984. Mais à supposer que les (ennemis) leur aient dit: "Nous relâchons pour

que vous rentriez dans votre pays, à condition que vous ne preniez rien de nos biens et qu'eux l'aient accepté, alors dans ce cas il ne leur faut enlever quoi que ce soit de leurs biens.

comm. Car ces (prisonniers) ont stupulé qu'ils renonçaient à molester leurs biens; or "les Musulmans remplissent scrupuleusement leurs stipulations", comme l'a dit le Prophète.

1480 * Si l'on dit: "Mais dans le cas précédent aussi les (ennemis) leur avaient stipulé cela, et néanmoins vous avez dit qu'il était permis aux (prisonniers musulmans) de cacher ce qu'ils avaient arraché aux autres ennemis en guerre, au point de pouvoir légitimement l'emmener en territoire islamique". Nous dirions: Dans cet autre cas, ils avaient stipulé seulement de leur remettre les butins (c.-à-d. les butins vraiment appartenant à ces ennemis en compagnie desquels les prisonniers musulmans avaient combattu). Or, seuls sont leurs butins ceux qu'ils ont capturés eux-mêmes sur l'ennemi, tandis que ces prisonniers capturent sur cet ennemi-là, ne fait pas partie des butins de ceux en compagnie desquels ces (prisonniers) ont combattu. Car concéder que tout le monde participe à tous les butins capturés par qui que ce soit, c'est une loi propre à l'Islam, mais cette loi ne s'applique pas quand (le Musulman) ce trouve sous la puissance résistante des mécréants. Au contraire ce qui s'applique, sous la puissance résistante des (non-Musulmans), c'est que, celui qui fait butin d'une chose a sur elle plus de droit que quiconque. Nous apprenons ainsi que dans cette dissimulation il n'y a violation d'aucune stipulation précise. Certes s'il y a une stipulation précise (acceptée par les prisonniers musulmans), il ne leur est pas correct de la violer.

• 2985. A supposer qu'il ait des prisonniers (musulmans) en la main des (ennemis) et, dit (Chaibânî), à supposer qu'on les ait incarcérés dans une de leurs prisons, puis que les (ennemis) leur disent: "Nous vous donnons l'aman, à condition que, quand vous aurons fait sortir (de la prison), vous restiez sur notre territoire, et pourvu que, n'étant pas autorisés à rentrer dans votre pays, vous ne tuiez personne d'entre nous et ne nous enleviez aucun bien ni secrètement ni ouvertement", si les prisonniers agréent cette (proposition), alors il leur faut remplir la stipulation.

comm. Car la condition que ces (prisonniers) s'imposent est une précision selon laquelle ils seront comme ceux qui se rendent sous sauf-conduit chez les (ennemis). Ne vois-tu pas que par l'acceptation de cette (condition) ils se sont mis à l'abri de la décapitation, de la prison et de la torture?

A supposer qu'après cette (stipulation) ces (prisonniers) rencontrent un esclave que ces (ennemis) ont arraché aux Musulmans, il ne leur sera pas permis de s'en emparer.

Car ce (prisonnier) fait partie des butins de ces (ennemis) au point que s'ils embrassent l'Islam, il leur appartiendra (et ils n'auront pas besoin de le rendre à son maître d'origine).

1481 • 2986. * Au contraire, si ces (prisonniers libérés de la prison mais retenus sur

le territoire ennemi) trouvent une Musulmane de statut libre, -ou même une esclave **mudabbara** (ayant reçu la promesse de son maître de devenir automatiquement libre après la mort de ce maître)- faite prisonnière, je ne vois pas qu'il y ait à leur faire grief de l'enlever et de la faire sortir (dans le territoire islamique).

comm. Car les ennemis en guerre ne sont pas devenus ses propriétaires, cependant qu'ils ont stipulé avec ces (prisonniers mis en liberté conditionnelle) que ceux-ci ne les molesteraient pas dans les choses qui sont leurs biens.

• 2987. Mais si ces (prisonniers musulmans) rencontrent des bêtes de guerre ou des armes que les (ennemis) ont enlevées aux Musulmans, il n'est pas permis à ces (prisonniers) d'en molester quoi que ce soit.

comm. Car ce sont en effet des biens appartenant à ces (ennemis).

• 2988. S'ils disent aux prisonniers: "Rentrez dans vos pays, car vous avez de l'aman (de notre part)", et que les prisonniers ne leur disent rien, alors pas de grief à ce que ces prisonniers les combattent, après cette parole des (ennemis), et à ce qu'ils enlèvent leurs biens (si l'occasion se présente).

comm. Car ici les prisonniers ne se sont imposé aucune condition, cependant que la condition que leur a été imposée par les ennemis en guerre ne leur impose rien qu'eux-mêmes ne se soient imposé.

Ce sera le contraire si un groupe de Musulmans se présentent à eux et veulent entrer sur le territoire ennemi, et que les ennemis en guerre leur disent: "Entrez car vous jouissez de l'aman", et que les Musulmans entrent sans rien accepter (expressément) en fait de conditions. Car dans ce cas ils arrivent pour solliciter le sauf-conduit, ce qui équivaut à une stipulation précise, de leur part, de ne pas les trahir. Ce sens (impliqué) n'existe pas quant aux prisonniers, car ceux-ci sont en état de dominés en la main des (ennemis) et ne sont pas venus solliciter le sauf-conduit.

• 2990. * Si les ennemis en guerre disent à ceux qu'ils ont fait prisonniers: 1482
"Combattez en notre compagnie contre notre ennemi, avec la condition que nous vous relâcherons pour regagner votre pays, et avec la condition que ce que vous capturez vous appartiendra, et que vous ne molesterez rien de ce que nous capturerons", si ensuite ces prisonniers parviennent à enlever secrètement quelques biens d'entre les butins que ces ennemis ont capturés, les Musulmans ne doivent pas faire cela.

comm. Car il leur était stipulé de la part de ces (ennemis) de ne rien enlever; et remplir la condition est obligatoire.

• 2991. Si les ennemis en guerre remettent aux prisonniers (musulmans) ce que ceux-ci ont capturé (sur l'autre ennemi), pour le transporter en territoire islamique, ou dans le campement de l'armée musulmane en territoire belligérant, ces captures seront les leurs propres sans qu'on y prélève le cinquième gouvernemental, et le cavalier et le fantassin y seront égaux.

comm. Car ils les ont capturées alors que la loi (juridiction) de la mécréance

prévalait sur eux; donc la mise en sécurité a lieu sur le territoire des mécréants (ennemis) au moment où ceux-ci les leur remettent. En outre, quand ils capturent quelque chose sous la puissance résistante des mécréants, c'est en quelque chose sous la puissance résistante des mécréants, c'est en quelque sorte comme si les mécréants eux-mêmes le capturaient et le leur remettaient de bon gré. C'est donc comme si c'était leur propriété dont ils faisaient don aux (prisonniers musulmans).

• 2992. De tels biens n'ont pas le statut du butin.

comm. Car ils sont devenus la propriété de ces (prisonniers) avant qu'ils les aient fait sortir vers la puissance résistante des Musulmans.

suite: Et si celui qui a capturé quelque chose dans ces circonstances l'a fait seul parmi les (prisonniers musulmans), cela lui appartiendra à lui en toute particularité (=à lui tout seul).

comm. La raison est celle que nous avons mentionnée, à savoir que la puissance résistante des Musulmans (de l'armée musulmane) n'a aucune influence sur la mise en sécurité (de ce don des non-Musulmans). Celui (des prisonniers) qui n'a pas participé à la capture de ce (butin), le partagera s'il participe à sa mise en sécurité. * A noter que la cause qui accomplit le droit (à ce butin) c'est le fait qu'on l'ait capturé et que les mécréants le remettent à celui qui l'a capturé. Or à cette cause, les autres (prisonniers musulmans) n'ont pas participé.

• 2993. A supposer que ces mécréants aient stipulé que ce qu'un des prisonniers (musulmans) capturera sera partagé entre tous les prisonniers, et que les prisonniers y aient agréé, alors toute la capture sera partagée entre eux à titre d'égalité, même s'il n'y a en a qu'un à l'avoir capturée.

comm. Car les ennemis en guerre la remettent à ce groupe de (prisonniers). C'est donc comme si les (annemis) leur avaient fait en groupe don de leurs propres biens, et qu'un seul d'entre les (prisonniers) en eût pris possession avec le consentement du groupe.

• 2994. Supposons qu'ils leur aient stipulé ceci: "Ce que que nous allons capturer, nous et vous, il y en aura la moitié pour vous et la moitié pour nous", et qu'on divise en deux ce qu'on a capturé, puis que les prissonniers rentrent sur notre territoire, alors ce qu'ils ont capturé sera partagé entre eux à titre égal, et on n'y prélèvera pas le cinquième gouvernemental.

comm. Car s'ils ont pu faire sortir ces biens (vers le territoire islamique) c'est parce que les mécréants les leur ont remis, alors que le butin n'est autre chose que ce qu'on capture à titre de dominations cet aspect y manque quand les mécréants les leur remettent eux-mêmes.

• 2995. Certes quand ces prisonniers ont fait sortir des biens sans le bon gré des (ennemis), de sorte que si ces ennemis avaient pu dominer ce que ces prisonniers ont enlevé, ils le leur auraient arraché, dans ce cas il y a à prélever le cinquième gouvernemental, le reste étant partagé entre ces (prisonniers) selon les quotes-parts d'un butin.

Car il s'agit là d'une chose qu'on a capturée à titre de domination (=par l'exercice de force), et la cause du droit de ces (prisonniers) ne s'accomplit pas en elle avant sa mise en sécurité au moyen de la puissance résistante des Musulmans.

• 2996. * Une seule exception à noter. Quand les prisonniers ont enlevé 1483
quelque chose sans le bon gré des ennemis en guerre et en exerçant la trahison (vis-à-vis de ces ennemis), alors pas de cinquième gouvernemental là-dedans.

comm. Car cette capture ne leur était pas chose licite. Et le chef de l'Etat musulman leur ordonnera, à titre de recommandation (**fatwâ**), de la rendre (aux ennemis), comme si c'étaient des Musulmans qui seraient allés sous sauf-conduit chez eux puis qui se seraient aventurés (à piller).

• 2997. Si les ennemis en guerre envoient des prisonniers (musulmans) en particuliers (=tout seuls), pour qu'ils combattent un autre ennemi en guerre, et s'ils nomment commandant quelqu'un d'entre les prisonniers, en lui concédant les pouvoirs de décider selon la loi islamique, et en laissant aussi les butins aux Musulmans pour qu'ils puissent les transporter en territoire islamique, alors pas de grief à ce qu'ils combattent dans ces conditions, peu importe s'ils craignent ou non du mal (de la part de l'ennemi qui les a fait prisonniers).

comm. Car ils combattent de telle sorte que c'est la loi islamique qui prévaut pour eux. C'est donc, de leur part, une Lutte (contre les mécréants).

• 2998. Et dans ce cas on prélèvera le cinquième gouvernemental sur ce qu'ils transporteront sur le territoire islamique, le reste étant partagé entre eux selon les quotes-parts propres au butin.

comm. Car ce qu'ils capturent a ici le statut du butin. Leur droit s'y consolide donc par la mise en sécurité au moyen du territoire islamique.

Ne vois-tu pas ceci? Si une peuplade ennemie qui a fait le pacte (de trêve) avec les Musulmans a été saisie d'une requête de la part des Musulmans à les laisser entrer sur son territoire en tant qu'armée, afin de combattre un (autre) ennemi en guerre, et qu'elle le fasse, alors on prélèvera le cinquième gouvernemental sur ce que les (Musulmans) captureront puis on distribuera le reste entre eux selon les quotes-parts propres au butin.

• 2999. * Si les ennemis en guerre envoient les prisonniers (musulmans) pour 1484
combattre leur ennemi (=l'ennemi de ces ennemis), et stipulent que seuls les butins leur reviendront et non pas les prisonniers de guerre -même la moitié des butins capturés-et si ces prisonniers ne craignent rien de leur part, au cas où ils refusaient ces (combats), alors il ne leur faut pas mener des combats à cette condition;-

comm. Car c'est aider ces (ennemis) contre les Musulmans (de façon indirecte).

Ne vois-tu pas que si les (prisonniers musulmans) capturent des bêtes de guerre ou des armements et que les (ennemis) les leur enlèvent selon la stipulation, ceux-ci se renforceront par là pour combattre les Musulmans?-

suite: A moins que ces (ennemis) leur aient stipulé que si les (prisonniers musulmans) le faisaient, ils les laisseraient rentrer sur le territoire islamique. Alors, pas de grief à ce que les (prisonniers) le fassent.

comm. Car ici les prisonniers réduits en esclavage ainsi que les bêtes de guerre et les armements (capturés au deuxième ennemi) que les (prisonniers musulmans) livrent aux (ennemis chez qui se trouvent ces prisonniers musulmans) prennent le sens d'une rançon pour leurs personnes.

• 3000. Et dans ce cas, quand ils auront transporté le reste (des butins) en territoire islamique, on y prélèvera le cinquième gouvernemental et on partagera le reste entre eux selon les quotes-parts propres au butin.

comm. Car ils ont capturé ces (butins) alors que c'était la loi islamique qui prévalait sur eux; et leur droit s'y est consolidé par la mise en sécurité sur le territoire islamique, et non parce que les mécréants (qui les avaient fait prisonniers) les leur ont remis. La raison en est que ces mécréants ne les accompagnent pas quand les (Musulmans) ont capturé ces butins; et la puissance résistante, au moment de leur capture, était la puissance résistante des Musulmans.

• 3001. A supposer que ces (ennemis) stipulent avec les prisonniers (musulmans) que les bêtes de guerre et les armements et les femmes et les enfants réduits en esclavage iront aux (Musulmans) et le reste à ces (ennemis), alors pas de grief non plus contre ces conditions. Ce sera comme si les (prisonniers musulmans) avaient payé la rançon de leurs personnes sous forme des biens. Mais à supposer que les (ennemis) leur disent: "A condition que vous ne les transportriez pas en territoire islamique, et que vous non plus n'y rentreriez pas", alors il ne faut pas que les (prisonniers musulmans) combattent à ces conditions, à moins qu'une nécessité pressante se réalise (=se fasse sentir), par exemple s'ils craignent pour leur vie (en cas de refus de combattre).

comm. Car dans ces combats il y a l'avantage qu'on obtient les biens de (certains autres) mécréants, mais comme contre-partie (des combats) il n'y a pas la libération des Musulmans. Donc il ne leur est pas permis de mener des combats à ces conditions à moins qu'une nécessité pressante se réalise (se fasse sentir).

1485

* Chapitre (153)
DE L'INTERDICTION POUR LES ENNEMIS EN GUERRE (DEVENUS CITOYENS DHIMMIS), DE CONSTURIRE DE NOUVELLES ÉGLISES ET SYNOGOGUES ET DE VENDRE DES BOISSONS ALCOOLISÉES

• 3002. Tauba Ibn Tamr al-Hadramî rapporte que le Prophète a dit: "Pas de castration en Islam, ni d'église (**kanîsa**)". Le mot (arabe) pour castration a deux formes, **Khiṣâ**' et **ikhṣâ**', et la tradition est rapportée selon les deux versions. On l'explique aussi de deux façons. Les uns disent qu'il s'agit d'interdire la castration

des hommes, et qu'on s'est servi de la particule de négation, ce qui est la façon la plus forte d'interdire. Cette pratique est interdite aussi par le texte du Qur'ân. En effet Dieu le Très-Haut dit (Q. 4/119): "... **(le Diable dit): très certainement je leur commanderai, et très certainement ils altéreront la création de Dieu..."**, et les (commentateurs) disent qu'il s'agit là de la castration des hommes. Il va de soi que le Diable ne commande que la perversité et le mal. En outre cette pratique est une mutilation cependant que le Prophète a interdit de mutiler même un chien enragé. Les autres disent que cette formule (altération de la création) désigne le célibat (**tabattul**), à savoir: s'interdire les rapports sexuels avec les femmes et se faire un des moines qui s'interdisent les femmes. Rappelons que le Prophète a interdit ce (célibat) à 'Uthmân Ibn Maz'ûn et à ses camarades quand ils ont voulu le pratiquer. En ce qui concerne le terme "(**kanîsa**) employé dans ce récit, il s'agit de la construction de nouvelles églises dans les villes des Musulmans, car on interdit aux Dhimmîs de le faire.

comm. Cette explication est attribuée, par Ibn Sima'a, à Chaibânî, à propos de ce hadith en provenance du Prophète.

• 3003. On rapporte que (le calife) 'Umar Ibn al-Khattâb a dit: "J'interdirai aux Dhimmîs de créer quoi que ce soit de nouveau en fait d'églises dans les régions conquises de Khurâsân et autres, mais je ne démolirai rien de ce que je trouverai en leur main, comme chose ancienne, tant que je ne saurai pas qu'ils l'ont nouvellement créé après que la région est devenue une des villes des Musulmans".

comm. Car altérer une chose ancienne qu'on trouve, cela fait partie des affaires qu'il n'est pas licite de modifier sans un indice juridique qui oblige à le faire, tandis que donner aux (Dhimmîs) la possibilité de créer une nouvelle (église) en un endroit qui est devenu prêt pour ériger les emblèmes (**a'lâm**) de l'Islam, c'est comme de donner à un Musulman la possibilité de persister dans la mécréance une fois qu'il a apostasié. Ce n'est pas permis en aucun cas.

• 3004. Si un groupe d'ennemis en guerre demande la naturalisation comme Dhimmîs de l'Etat musulman, pour que la loi islamique les régisse, et s'ils paient la capitation et un impôt déterminé sur leurs terres, alors il incombe au chef de l'Etat musulman de l'accepter.

comm. Car la guerre cesse par un contrat de naturalisation (**dhimma**) comme elle cesse par la conversion à l'Islam. Tout comme on accepte leur demande qu'on leur présente (=explique) l'Islam, on acceptera aussi leur demande pour la
conclusion du pacte de naturalisation. * Il en est ainsi parce que ces gens s'imposent, 1486
de cette façon, la juridiction islamique en ce qui concerne les affaires contractuelles (=commerciales, temporelles). Et par la suite il se peut qu'ils voient les beautés de la Loi islamique et qu'ils se convertissent d'eux-mêmes. * Donc accepter (la naturalisation) est la plus douce des deux façons d'inviter à la Religion (islamique).

• 3005. En effet, le Prophète aussi accepta cela à propos des habitants de Najrân, quand ceux-ci le lui demandèrent, et il conclut avec eux un pacte de paix

contre deux mille ou douze cents habits complets (**hulla**) par an.[1] Et si l'on fait la paix avec les (ennemis en guerre) et que leurs terres soient (vastes) comme la Syrie, avec ses villes et villages, alors il ne faut pas que les Musulmans s'emparent de quoi que ce soit de leurs maisons et de leurs terres, ou qu'ils descendent dans leurs maisons (commes dans des hôtels de passage, **nazal**).

comm. Car ce sont maintenant des gens qui jouissent de la garantie et de la paix. On se rapelle que le jour de (la conquête de) Khaibar, le héraut (ou: crieur public) du Prophète proclamait: "Je ne vous rends licite aucun des biens des gens du contrat (=avec qui on avait passé contrat de naturalisation)". En outre, quand les (ennemis) acceptent de se faire naturaliser (comme Dhimmîs), c'est dans le but que leurs biens et leurs droits soient comme les biens et les droits des Musulmans.

• 3006. Si dans les terres mortes et n'appartenant à personne, de ce territoire (nouvellement acquis) les Musulmans veulent bâtir une ville, pas de grief là-contre.

comm. Car il n'y a là aucune molestation de propriétés des (Dhimmîs). Et leur pays est devenu partie du territoire islamique, étant donné que c'est la Loi de l'Islam qui le régit; et l'on sait que sur le territoire islamique, c'est le chef de l'Etat musulman qui a la faculté de faire ce que bon lui semble au sujet des terres mortes.

• 3007. En effet, le Prophète a dit: "Sachez que la terre **'âdite**[2] appartient à Dieu et à Son messager, puis je vous la donne à vous, de ma part."

1487 • 3008. * Si, près de ces terres mortes où les Musulmans bâtissent une ville, il y a des villages appartenant aux Dhimmîs, puis que la ville grandisse de sorte qu'elle dépasse ces villages qui deviennent partie de cette ville-parce que la ville les entoure de tous côtés-et si ces villages ont leurs églises, leurs synagogues ou leurs temples du feu (zoroastriens), on les laissera tels quels.[3]

comm. Car ces gens joissent de la paix, et en cela ils méritent qu'on ne les moleste pas dans ces (bâtiments religieux), même si cet endroit devient une ville (habitée par les Musulmans).[4]

Ne vois-tu pas qu'il n'est point licite de les molester en enlevant quoi que ce soit de leurs biens et en les chassants de cet endroit-là, parce que ces (non-Musulmans) ont le droit sous le contrat de la paix, (de ne pas y être molestés)?

• 3009. Mais s'ils veulent construire une nouvelle synagogue ou église dans cet endroit, ils n'en auront pas la faculté, car l'endroit est devenu une des villes (habitées

(1) Pour le texte complet de ce pacte, voir Hamidullah, op. cit., • 1023.

(2) Le terme "'âdite", littéralement: ce qui appartient aux tribus anéanties des 'Âd, signifie ce qui n'est bien de personne. Cf. Abû Yûsuf Kharâj, p. 37 (éd. Bûlâq).

(3) La pensée de Chaibânî semble avoir évolué, sur ce point, dans un sens plus libéral, comme nous nous en rendrons compte plus loin, dans la note sur III, 252, en citant un passage d'un plus ancien ouvrage du même auteur, le **Kitâb al-aṣl**, où il envisageait l'obligation de transférer ces églises hors la ville.

(4) La pensée de Chaibânî a évalué à ce point, comme nous le verrons plus bas, ouvrage précédent, dans la note sur III 252, en citant un passage de son **Kitâb al-aṣl**.

par les) Musulmans, où il est correct de célébrer les offices du vendredi et des deux fêtes (**'îd**) tout comme d'établir la loi pénale islamique. Si on leur donnait la possibilité d'en bâtir de nouvelles dans un tel endroit, ce serait causer de l'affaiblissement aux Musulmans, ou donner à ces gens la possibilité de contrarier (**mu'ârada**) les Musulmans. C'est là le sens de la parole du Prophète (citée plus haut): "ni église".

comm. Expliquons-le. Les églises qu'ils avaient en cet endroit, leurs droits y sont consolidés quand on les y a confirmés, après que cet endroit est devenu territoire islamique. Donc cet état de choses n'est nullement modifié par le nouveau, à savoir qu'on a fait de cet endroit une ville pour les Musulmans. Il en va au contraire de ce qu'ils désirent quelque chose de nouveau (en fait d'églises dans cette ville). Ce sera à l'instar du cas où le juge décide, dans quelque litige, et fait exécuter sa décision fondée sur son effort de raisonnement (**ijtihâd**), puis qu'il change d'avis par la suite: cela ne cassera pas la décision exécutée, même s'il devait, à l'avenir, se fonder sur le nouvel avis pour décider dans un cas semblable.

• 3010. De même, si ces (Dhimmîs) ont jadis vendu ouvertement des boissons alcoolisées et des porcs dans cet endroit, on les en empêchera après que cet endroit sera devenu une ville habitée par les Musulmans.

comm. Car il s'agira alors (dans la vente d'alcool) d'une disposition **ab initio.** En effet nous avons mentionné dans notre **al-Mabsût** (cf XV, 134) qu'on doit interdire aux Dhimmîs de vendre ouvertement des boissons alcoolisées et des porcs dans les villes habitées par les Musulmans, et de même d'en faire entrer dans ces villes de façon notoire et ouverte.

C'est ce qu'on rapporte du (calife) 'Umar. En outre, ces (trafics) sont une perversité (**fisq**); et faire ouvertement la perversité dans les villes habitées par les Musulmans, c'est faire peu de cas de la Religion (islamique). Or nous n'avons pas fait la paix avec ces gens pour qu'ils fassent peu de cas des Musulmans.

• 3011. De même, quand arrive une de leurs fêtes, où ils sortent leur croix (en procession?), alors, qu'ils le fassent à l'intérieur de leurs églises anciennes. Mais de la faire sortir hors de leurs églises pour la faire voir dans la ville, cela ne leur est pas permis, étant donné que ce serait faire peu de cas des Musulmans. Mais ils peuvent la faire sortir de leurs églises de façon discrète (**khafi**). Toutefois s'ils la font sortir hors de la ville et ailleurs que dans la ville, alors, qu'ils fassent ce qu'ils veulent. C'est-à-dire, quand ils dépassent les alentours (**finâ**) de la ville (des Musulmans).

comm. * Car l'alentour de la ville est comme le centre (**jauf**) de la ville, en ce 1488
qui concerne la célébration des offices du vendredi et des fêtes (islamiques). Ainsi dans son **Nawâdir**, Abû Sulaimân note que si le chef de l'Etat est obligé de sortir avec les habitants de la ville, un vendredi, jusqu'aux alentours de la ville, il lui est loisible de célébrer avec eux l'office du vendredi. donc on interdira aux (Dhimmîs) de montrer la (croix) jusqu'à l'endroit où les Musulmans se montrent dans de telles circonstances, pour que cela ne mène pas à une contrariété de forme (entre les

emblèmes de l'Islam et ceux d'une autre religion). Nous apprenons ainsi que l'alentour de la ville est comme le centre de la ville.

• 3012. Il en sera yde même des sonneries des plaques (**naqûs**). On ne les leur interdira pas s'ils le font à l'intérieur de leurs églises. Mais s'ils veulent le faire en dehors (de l'église), alors il ne faut pas qu'on le leur permette, car ce serait contraier dans la forme l'appel à l'office (**adhân**), que font les Musulmans. Mais dans tout village ou lieu qui n'est pas une des villes habitées par les Musulmans, on ne leur interdira pas de faire des choses de ce genre, même s'il se trouve là des Musulmans installés en petit nombre (**nuzûl**).

comm. Car il ne s'agit pas là d'un lieu où l'on manifeste (**i'lâm**) la Religion, comme par la célébration des offices du vendredi et des fêtes. Beaucoup des maîtres (juristes) de Balkh signalent que: "(Chaibânî) a[1] donné ici cette réponse, mais dans son **al-Mabsût**[2], (Cahibânî) se fonde sur la situation des villages de la (province de) Kûfa, car là la généralité des habitants sont des Dhimmîs et des Chi'ites (**rawâfid**). Mais chez nous (en Turkestan), on leur interdira cela dans les villages comme on le leur interdit dans les villes, car dans ces (villages de Turkestan) on célèbre les offices du vendredi; et les exhortateurs (**wâ'iz**)et les instituteurs (**mudarris**)y ont leur place (pour faire des sermons et pour enseigner)". En disant cela, ces (juristes de Balkh) tirent argument d'une formule que (Chaibânî) a employé là, en disant:

• 3013. "Mais une ville, où la grande majorité des habitants comporte des Dhimmîs, comme al-Hîra etc., où l'on ne célèbre pas l'office du vendredi, et où l'on n'établit pas les peines religieuses extrêmes (**hudûd**), on ne leur interdira pas de faire ces choses".[3]

comm. Et les maîtres de notre pays disent: "Dans les villages, on ne le leur interdira en acun cas", et ils tirent argument de la formule employée par (Chaibânî) ici, quand il dit:

Les villages qui sont habités par les Musulmans, mais qui ne sont pas des villages où l'on célèbre l'office du vendredi et où l'on inflige les peines religieuses

---

(1) Ainsi أجاب dans le MS de Paris, la Ire éd. portant: أجابوا

(2) Dans les MSS de cet ouvrage de Chaibânî, appelé également **al-Aşl**" nous n'avons trouvé aucun passage (tout au moins dans le chapitre **Siyar**) tout à faire conforme à cette citation. Vers la fin du chapitre **Siyar**, il ya une section intitulée "De ce en quoi il ne faut pas laisser les Dhimmîs ressembler aux Musulmans en matière d'habits" etc. qui se termine ainsi: "Il ne faut pas qu'on les laisse construire une église, une synagogue ou un temple du feu dans une ville habitée par les Musulmans, non plus dans un lieu qui n'est pas une ville mais qui est habité par les Musulmans. Si ces (Dhimmîs) possédaient une église, une synagogue ou un temple du feu et qu'ils aient conclu la paix (et le rattachement) , étant en possession de ces édifices, alors ce qui est ailleurs que dans la ville, on le leur laissera. Et si un quelconque de ces édifices se démolit, on les laissera le restaurer. Mais si les Musulmans choisissent cet endroit pour une ville, on démolira ces synagogues et églises de cet endroit, mais on les laissera construire leurs semblables ailleurs que dans la ville (musulmane)".

(3) Voir la note précédente.

(hudûd), si un groupe de Dimmîs y achète des maisons, y construisent des églises et des synagougues, et vendent ouvertement des boissons alcoolisées et des porcs, on ne le leur interdira pas. Car quand on interdit cela, c'est que l'endroit est fait pour y manifester les emblèmes (**ma'âlim**) de la Religion, en célébrant les offices du vendredi et des fêtes, en infligeant les peines religieuses et en exécutant les règles de la Loi islamique.

Cette opinion indique que l'exécution (=l'application) des lois islamiques(1) est la particularité des villes et non des villages. (Chaibânî) a fait allusion au même principe dans le chapitre **Adab al-qâdî**(2) au contraire de ce que mentionne al-Khaṣṣâf que les villages à ce propos sont comme les villes. Nous avons mentionné (cette divergence) dans notre commentaire d'**al-Mukhtaṣar** (cf Mabsût, XV, 134, 135).

• 3014. Bref on interdira aux Dhimmîs de partiquer ces choses dans les villes et dans les alentours de la ville, mais on ne le leur interdira pas dans les villages où la population comporte une majorité de Dhimmîs. Restent les vilages où habitent les Musulmans: là, il y a divergence chez les maîtres, comme nous venons de le mentionner.

• 3015. Si, lors de la paix initiale, les Musulmans stipulent que les (non-musulmans conquis) partageront (avec eux) leurs maisons, dans leurs cités et leurs villes, ce sera licite.

comm. Car stipuler le titre de propriété de cette chose, c'est comme de stipuler le titre de propriété de n'importe quels autres biens. Ce sera donc licite, s'il s'agit de choses déterminées (**litt.**: biens connus).

• 3016. Si les Musulmans s'installent chez ces (nouveaux conquis), dans les villes et villages habités par eux, où il y a des églises, où l'on vend ouvertement des boissons alcoolisées et des porcs, et où l'on contracte mariage (même) avec des proches parents de degré prohibé (**mahram**),(3) * alors dès qu'un endroit devient 1489
une ville musulmane où l'on célèbre les offices du vendredi et où l'on applique les peines religieuses (**hudûd**), on interdira aux Dhimmîs d'y construire de nouvelles églises et d'extérioriser ce qu'auparavant ils extériorisaient (d'entre les choses qu'on vient de décrire).

comm. Car cet endroit est devenu une des villes des Musulmans, du fait qu'ils y ont élu domicile après le pacte de paix (et de rattachement). Ce sera à l'instar d'un endroit transformé en ville de Musulmans après n'avoir été qu'un village de

---

(1) C.-à-d, les lois réservées aux Musulmans seuls, comme l'interdit de l'alccol etc., et non pas les lois administratives en général.

(2) On n'a encore retrouvé ni en Turquie ni en Egypte un MS complet du **Kitáb al-aṣl** de Chaibânî; ceux dont on dispose ne contiennent pas ce chapitre. Toutefois on possède le MS de l'**Adab al-qâdi** de **Khaṣṣâf**.

(3) Allusion visiblement aux Mages zoroastriens qui, selon leur loi de **khuvedhvagdas**, considéraeint que le mariage avec une soeur germaine, avec une fille ou avec une mère était plus méritoire que le mariage avec des étrangères.

Dhimmîs. Donc toute loi que nous avons évoquée à ce propos-là sera applicable ici aussi (dans le cas de la ville nouvelement conquise).

• 3017. Si une des anciennes églises se démolit, ils ont la faculté de la restaurer comme elle était.

comm. Car leur droit sur cet bâtiment a été confirmé pour qu'ils y pratiquent ce à quoi on l'avait destiné. Ce droit ne change donc pas par la destruction du bâtiment; et s'ils le reconstruisent comme il était avant, alors le deuxième bâtiment sera comme le premier.

• 3018. Si les (Dhimmîs) disent: Nous voulons transférer cette (église) de cet endroit à un autre endroit de la ville, cela ne leur sera pas permis.

comm. Car cet autre endroit est devnu prêt à ce qu'on y manifeste les lois de l'Islam. Donc on ne les autorisera pas, après cela, à l'apprêter pour y manifester les lois de la mécréance, même s'ils offrent aux Musulmans une compensation. Ce sera à l'instar d'un apostat qui demanderait qu'on le laisse persister dans l'apostasie, contre des avantages (**litt.** des biens) qu'il offrirait aux Musulmans: on ne l'y autoriserait en aucun cas.

Vois-tu? Si ces (Dhimmîs) veulent transférer cette (église) à un endroit où il
1490 ya a eu, * à un moment quelconque, une mosquée, et avec la condition qu'ils construiront pour les Musulmans, dans cet endroit de l'église, une mosquée meilleure que l'ancienne et plus vaste aussi, est-ce qu'on peut leur donner une réponse favorable à ce propos? Non, ce n'est permis en aucun cas.(1)

• 3019. Si le chef de l'Etat musulman conquiert une peuplade de l'ennemi en guerre, et son territoire, puis qu'il soit d'avis de les laisser (libres) en tant que Dhimmîs, comme l'a fait (le calife) 'Umar pour les habitants de la région verdoyante de Kûfa, ce sera licite, correct;-

comm. Car 'Umar avait fait cela après avoir consulté les (autres) compagnons du Prophète et réfuté l'argument des (opposants) en tirant argument d'un texte précis du Qur'ân, à savoir, cette parole de Dieu (Q. 59/10): "...**Et à ceux qui viendront après eux**...."(2) , de sorte qu'il y eut accord de tout le monde sur l'avis de 'Umar, à l'exception de très peu de gens, qui continuaient à s'y opposer-mais personne ne fit éloge(3) à ces opposants;- puis 'Umar pria publiquement sur la chaire de la mosquée et dit: "Seigneur, suffit-moi contre Bilâl et ses camarades" (qui insistaient que les terres et ses habitants conquis doivent être partagés comme du butin). Or avant même que l'année fût écoulée, plus un seul oeil (de ces opposants) ne continua de cligner (cf **supra • 2017**);-

---

(1) Il veut dire qu'un endroit où l'on construit une mosquée reste mosquée pour l'éternité, même si la mosquée disparaît.

(2) La référence est au passage où il est dit que les villages conquis sont "à Dieu et au Messager.. aux Emigrés.. aux Ançârites... et à ceux qui viendront après eux", c.-à-d. Jusqu'à la fin du monde. Ces terres appartiennent à la communauté musulmane dans un sens abstrait, à l'Etat en somme.

(3) Autre version: "Mais personne ne les y contraignit non plus."

suite: Ensuite on ne leur interdira pas de construire un église ou une synagogue, ni non plus de vendre publiquement, dans leurs villages et leurs villes, des boissons alcoolisées et des porcs.

Car on l'interdit seulement dans les villes habitées par les Musulmans, celles où l'on applique les peines religieuses (**hudûd**) et où l'on célèbre l'office du vendredi. nous l'avons déjà affirmé à propos des terres qu'on obtient pacifiquement, sans les conquérir par la force; il en sera donc de même quant à ces terres (en discussion) car celles-ci ne sont pas un endroit où l'on manifeste les emblèmes de la Religion et de l'Islam, comme la célébration des offices du vendredi et des fêtes et l'application des peines religieuses.

• 3020. Si le chef de l'Etat musulman bâtit sur les terres des (Dhimmîs) une ville pour les Musulmans, -comme 'Umar bâtit Başra et Kûfa-puis que les Dhimmîs y achètent des maisons et y habitent en compagnie des Musulmans, on ne le leur interdira pas.

comm. * Car nous avons accepté d'eux le pacte de dhimma (=de la 1491
naturalisation) afin qu'ils aperçoivent les beautés de la Religion (islamique) et que peut-être ils croient (en l'Islam). S'ils se mêlent aux Musulmans dans l'habitation, ce sens (=ce but) sera réalisé. (Sarakhsî) poursuit: Notre maître dirigeant, Chams al-aimma al-Halwânî disait: "Il en est ainsi quand ces (non-Musulmans) sont peu nombreux, de sorte que l'office en commun (dans les mosquées) n'est pas déserté par certains groupements (quartiers) de Musulmans et que la population musulmane ne devient pas minoritaire, du fait de l'habitation de ces (non-Musulmans). Mais s'ils sont si nombreux que cela fait déserter, dans certains groupements, la célébration de l'office en commun ou met (les Musulmans) en minorité, on le leur interdira et on leur commandera de s'installer dans un coin (de la ville) où il n'y a pas de Musulmans. C'est authentiquement prouvé être l'avis d'Abû Yûsuf.

• 3021. Si ces (Dhimmîs) achètent des maisons pour y habiter, puis qu'ils veuillent transformer une de ces maisons en église, synagogue ou temple du feu, pour s'y réunir pour leur culte, on le leur interdira.

comm. Car s'ils commençaient cela, ce serait en quelque sorte contrarier les Musulmans dans la construction des Mosquées Cathédrales (où l'on célèbre l'office du vendredi), et de même ce serait mépriser la Religion (islamique) et faire peu de cas des Musulmans.

• 3022. De même on leur interdira dans cette ville de vendre ouvertement des boissons alcoolisées et des porcs et de contracter des mariages avec des proches parents de degré prohibé.

comm. Car manifester de telles pratiques serait faire peu de cas des Musulmans. Or ils peuvent satisfaire leur besoin (**litt.**: but) sans extériorisation.

• 3023. Et il faut qu'aucun Musulman ne leur loue une maison pour quelque emploi de ce genre, car ce serait en quelque sorte les aider à faire peu de cas des Musulmans. * Si (sans le savoir d'avance) on leur en loue une, puis qu'ils 1492

extériorisent quelque chose de ce genre dans cette maison, le propriétaire le leur interdira à titre d'interdiction du mal, ce qui est le devoir de chaque Musulman, mais (seulement sous forme de recommandation et) de telle sorte que le contrat de location ne se rescinde pas (automatiquement) pour cela. Ce sera comme si ce Musulman louait sa maison à un autre Musulman qui y réunirait des gens pour boire (de l'alcool), ou qui y vendrait des (boissons) enivrantes, il le lui interdirait à titre d'interdiction du mal, mais pour autant le contrat de location ne se rescinderait pas (automatiquement).

comm. Car interdire une telle chose ne porte aucune atteinte au contrat de location.

• 3024. Si dans cette (maison), le (locataire non-musulman) désigne un oratoire (**muşallà**) destiné à lui seul, on ne l'en empêchera pas.

comm. Car cela fait partie (des usages) de l'habitation, et il a droit à cela par la location. Or, on ne l'empêchera que quand il y a, en quelque sorte, une contrariété, pour les Musulmans, dans leur manifestation des emblèmes de la Religion, par exemple quand (ce locataire non-musulman) adopte cette (maison) pour église où les gens se réunissent pour leur messe (**şalât**).

• 3025. Mais s'il veut convertir cette maison en un ermitage (**şauma'a**) pour s'y retirer comme se retirent les ermites dans les (ermitages), on l'en empéchera, s'il s'agit de villes habitées par les Musulmans.

comm. Car cela aurait de la publicité, et ce serait comme l'adoption d'une église pour les réunions (de la messe).

• 3026. Si une des villes de cette région (conquise par la force) devient une ville habitée par les Musulmans, où l'on célèbre les offices du vendredi et où l'on
1493 applique les peines religieuses, et qu'il s'y trouve * une église ancienne, le chef de l'Etat musulman empêchera les (Dhimmîs) d'y célébrer leur messe, au contraire du cas précédent, où il s'agissait de villes obtenues par la voie pacifique et non pas occupées par la force. Dans ce cas là on leur laissait les anciennes églises, ét on les empêchait de construire de nouvelles églises une fois que cette ville était devenue une de celles où habitent les Musulmans (en nombre considérable). Mais dans l'autre cas en discussion, on les empêche de construire de nouvelles églises, et on ne les laisse pas les anciennes églises, si on les a conquis par l'exercice de la force.

comm. Car si le chef de l'Etat musulman traitait cette ville comme un butin à partager entre les conquérants, il n'y laisserait aucune église; il en sera donc de même s'il déclare les habitants Dhimmîs (=sujets non-musulmans). Le point est que, lors d'une conquête par la force, la cause qui donne le droit de manifester les lois de l'Islam dans chaque endroit de cette (ville) s'établit, et que s'établit aussi le droit des Musulmans sur cette (ville). Après cela, le chef de l'Etat musulman doit veiller aux intérêts des Musulmans et ne pas annuler leurs droits. Dans le premier cas (de l'occupation pacifique) la cause du droit sur le territoire ne s'établit pas en faveur des Musulmans (par leur conquête), mais c'est le chef de l'Etat qui l'établit en leur faveur

au moyen de la paix (conclue par lui); donc il faudra se limiter aux (droits) obtenus par le contrat de paix.

Ne vois-tu pas que dans le cas précedent (de la conquête par la force), on impose la capitation sur la communauté des habitants et l'impôt foncier sur leurs terres, tandis que dans l'autre cas (de l'occupation pacifique) rien n'est imposé sur les têtes et les terres des habitants, sauf ce qui figure dans le contrat de paix?

Ce qui l'explique, c'est que dans ce cas (de la possession pacifique) on confirme les droits que les (nouveaux sujets) avaient auparavant, et le droit des Musulmans ne s'établit (sur la région) que sur la base du droit confirmé des (nouveaux sujets). Par conséquent, le droit qui s'établit pour les Musulmans empêche les (noveaux soumis) de bâtir de nouvelles églises et des synagogues, mais ne devient pas une cause qui permette de molester les droits confirmés des (soumis) dans cette ville. Au contraire, dans le cas en discussion (de la conquête par la force), le droit des (vaincus) est contrarié par le droit qui s'établit pour les Musulmans, et cela à cause de l'avis du chef de l'Etat musulman qui décide de combler les vaincus de faveur ((et, au lieu de les réduire en esclavage, d'en faire des Dhimmîs). Or cet avis (du chef) se limite à faire ce qui est dans l'intérêt des Musulmans; et là où il n'y a pas d'intérêt pour les Musulmans, on considérera que le droit des Musulmans a la priorité. Ce sera à l'instar d'un ennemi en guerre, venu chez nous sous sauf-conduit: Il a le droit de rentrer dans le territoire en guerre, tandis que ces gens-ci, que le chef de l'Etat musulman a déclarés Dhimmîs, n'ont pas le droit, en aucun cas, d'émigrer en territoire de guerre. Cela pour la même raison que nous venons d'évoquer.

• 3027. Toutefois il ne faut pas que le chef de l'Etat démolisse les bâtiments de leurs églises anciennes, mais il les empêchera d'y célébrer leurs messes, et leur donnera l'ordre de transformer ces (églises) en des maisons d'habitation où ils habiteront.

comm. Car ces (églises) appartiennent à ces (vaincus). Et dès qu'on les déclare Dhimmîs, leurs biens obtiennent la protection en l'immunité. Il n'est donc plus licite au (chef de l'Etat musulman) de molester quoique ce soit de ces (églises), par démolition; mais il empêchera les gens de s'y réunir pour leur culte, car là il y aurait manifestation de la mécréance dans un endroit où un droit s'est établi, en faveur des Musulmans, d'y manifester les lois de l'Islam.

• 3028. Certes, si les Musulmans désertent cette ville (pour ne plus y habiter, tout en le gardant dans leur territoire), de sorte qu'ils n'y établissent plus ni les peines religieuses, ni les offices du vendredi, alors les habitants dhimmîs (de cette ville) ont la faculté d'y établir les églises qu'ils veulent, et d'y vendre ouvertement des boissons alcoolisées et des porcs.

comm. Car l'empêchement s'en est évanoui.

* Ne vois-tu pas qu'on n'empêchait pas ces (Dhimmîs) de faire ces transactions 1494
dans cette même ville, avant que le chef de l'Etat musulman l'eût déclarée ville

habitée par les Musulmans, y célébrant les offices du vendredi et des fêtes ('îd)?Il en sera de même si on y abandonne ces (devoirs cultuels islamiques).

Car un empêchement est une forme (ou: une façon) de contrariété (interdiction).

• 3029. (Chaibânî) ajoute: Il ne faut laisser sur le territoire de l'Arabie aucune église, ni synagogue, ni temple du feu, dans aucun des villages et des villes. De même il ne faut pas qu'y paraisse la vente de boissons alcoolisées et de porcs dans quelque condition que ce soit.

comm. Car toute cette (permission) se fondait sur le fait que les Dhimmîs habitaient dans la région. Or on ne les laisse pas perpétuer leur domicile sur le territoire de l'Arabie, par respect pour le Porphète, étant donné que c'est le lieu de sa naissance et de sa vie. A cela fait allusion cette parole du Prophète: "Que ne se réunissent pas deux religions sur le territoire de l'Arabie."[1] Et encore: "Si je continue à vivre encore, j'expulserai les habitants de Najrân de la Presqu'île d'Arabie." [2] Et en effet (le calife) 'Umar les transféra en Syrie.[3] Le même (calife) transféra aussi les juifs de Khaibar, et les juifs de Wâdi'l-Qurâ, et d'autres juifs et Chrétiens qui habitaient sur le territoire de l'Arabie, [4] dont certains gagnèrent la Syrie et les autres l'Iraq. Il apparaît donc qu'on les empêche de s'installer en (Arabie) à titre permanent, par respecte pour le Prophète. Plus apparent encore est le besoin (de cette interdiction) pour empêcher la construction des églises et la vente ouverte des boissons alcoolisées et des porcs (dans cette même région).

• 3030. Si un mécréant y entre en tant que négociant, pour mener le négoce et
1495 rentrer ensuite dans son pays, * on ne l'en empêchera pas. On ne l'en empêche que s'il y prolonge son séjour jusqu'à faire de (cette région) le lieu de son domicile permanent.

comm. Car, sur le territoire de l'Arabie, la condition des (Dhimmîs), qui paient la capitation, est pareille à celle des (non-Musulmans étrangers) qui résideraient sur le territoire islamique sans s'imposer la capitation (c.-à-d. que les deux catégories de non-Müsulmans sont interdites). Sur le (territoire islamique en général) on ne les empêche pas de faire du négoce, mais on les empêche d'(y) prolonger leur séjour

---

(1) Selon Ibn al-Qaiyim, **Mughni**, X, 614, l'Arabie signifie ici la région du Hijâz seulement, car effectivement on laissa les non-Musulmans du Yémen, du Taimâ' etc. cf Ibn al-Qaiyim, **Ahkâm ahl-ad-dhimma**, I, 185.

(2) Variante: "Territoire de l'Arabie" Pour ses limites voir **infra**.

(3) A lire: "Iraq". Pour les textes de traités et des chartes de Najrân, voir Hamidullah, Corpus des **documents sur la diplomatie musulmane**,N 79-85, et son **Le Prophète de l'Islam,** I, 412-418. Le traité du Prophète prévoyait l'interdiction des prêts à intérêt, et les Najrânites avaient voilé cette condition (cf. **infra**, III, 260). Selon al-Bakrî (cité dans notre **Le Prophète,** I, 418, une partie seulement, la coupable, fut expulsée, et non tous les Chrétiens de Najrân, qui y vivaient encore au "3e siècle de l'Hégire.)

(4) L'expulsion des Juifs de Khaibar était conforme au traité conclu avec eux, et qui prévoyait expressément qu'on les y laisserait vivre tant que le gouvernement musulman le voudrait.

(sans payer la capitation). Il en est de même pour les (Dhimmîs) en ce qui concerne le territoire de la seule Arabie. Donc si un Dhimmî veut s'installer (à titre permanent) sur le territoire de l'Arabie-comme Médine, la Mecque, Tâ'if, ar-Rabada et Wâdi'l-Qurâ- on l'en empêchera.

Car tout cela fait partie du territoire de l'Arabie. Nous avons mentionné que le territoire de l'Arabile s'étand de 'Udaib jusqu'à la Mecque, en longueur; et de 'Aden-Abyan jusqu'à l'extrême Hajr-du-Yémen, en Mahara, en largeur[1]

• 3031. En toute ville parmi celles qui sont habitées par les Musulmans et où l'on célèbre l'office du vendredi, il faut que personne- qu'il soit Musulman ou non-Musulman- ne fasse entrer ouvertement des boissons alcoolisées ou de porc. Et si néanmoins un Musulman le fait et l'explique en disant: "Je passais par là en transit, et je veux transformer ce vin en vinaigre", ou s'il dit: "Cela ne m'appartient pas, (mais je suis le transporteur)", il faut distinguer: Si c'est un homme pieux et qu'on ne peut pas soupçonner. On le relâchera;-

comm. Car ses apparences témoignent de sa véracité en ce dont il informe. Et il incombe de se fonder sur les apparences tant que n'apparaît pas le contraire, surtout dans les question où il n'est pas possible de connaître la vérite de la situation;-

Mais s'il est de ceux qu'on soupçonne, on saisira ces objets: on répandra la boisson alcoolisée (cf • 1993), et l'on égorgera le porc pour y mettre le feu ensuite.

comm. * Car les apperences de sa situation montrent qu'il voulait commetre 1496
une chose prohibée (**harâm**). Or tout acte dont on voit qu'il est commis dans le but de commettre une chose prohibée est lui-même prohibé (comme de transporter du vin pour le boire, etc.) On l'en empêchera à titre d'interdiction du mal.

suite: En outre, si le (juge) est d'avis de lui apporter une correction, en lui donnant des coups de fouet, ou en le mettant en prison jusqu'à ce que le (coupable) montre qu'il s'est repenti, le (juge) pourra le faire.

comm. Car ce (délinquant) a mérité la punition à cause qu'il a commis ce qui n'est pas licite, à savoir: laisser voir une boisson alcoolisée et du proc dans la ville habitée par les Musulmans.

• 3033. Toutefois il ne faut pas molester le récipient (du vin) par destruction ou en le rendant inutilisable (**tamzîq**).

comm. Car cet objet est chose de valeur, pour les Musulmans. Il ne faut donc pas le gâcher à son propriétaire, étant donné que la correction (**ta'zîr**) se fait en infligeant de la douleur à son corps, et non en gâchant ses biens. Nous en avons parlé dans le chapitre (120). 'Incendier les bagages du soldat qui dissimule des butins".

---

(1) Cette délimitation fait difficulté. Selon 'Aintâbî, 'Udaib se trouve au Najd; ce serait donc la largeur, et non la longueur; Abyan est une île au Yémen (probablement, Aden actuel). De là jusqu'en Mahara fait la largeur, où est donc la longueur? Pour les autres délimitations de l'Arabie, voir Ibn al-Qaiyim, **Ahkâm ahl ad-dhimma**, I, 177-178.

• 3034. Et si quelqu'un le faisait, il serait redevable de dédommager de la valeur de ce qu'il aurait gâché.

comm. Car ce qu'il aurait détruit est une chose de valeur, dont on aurait pu se servir aussi de façon licite.

• 3035. Toutefois si le chef de l'Etat musulman est d'avis de le faire, à titre de punition pour ce qu'a fait le propriétaire de ce (récipient), alors pas de dédommagement sur lui, pour ce qu'il a fait ou commandé de faire.

1497 **comm.** * Car il s'agit d'une décision concernant quelque chose qui laisse la possibilité de faire un effort de raisonnement (**ijtihâd**). Or nous avons déjà mentionné qu'il y a divergence entre les savants pour savoir s'il faut ou non incendier les bagages de celui qui a frauduleusement dissimulé le butin, et que la décision du chef de l'Etat concernant les questions qui se prêtent à être tranchées par un effort de raisonnement (en l'absence de précision dans le code des lois) est chose exécutoire. Certains de nos collègues (juristes) disent que la (licéité de détruire le récipient du vin) doit être interprétée en ce sens qu'elle concerne un récipient où l'on boit la boisson alcoolisée et qui ne peut pas être employé à autre chose; dans une telle condition, il est licite de la gâcher, suivant le récit qui dit que le Prophète donna l'ordre de briser les jarres et les outres (de vin). Mais plus correct est le premier avis. Car si le récipient est dans cette situation (d'être utile uniquement pour le vin), le chef de l'Etat est comme tout autre (juge pour donner l'ordre de détruire le recipient) comme pour donner l'ordre de répandre la boisson alcoolisée. C'est en effet ce que le Prophète nous a commandé pour dissuader de faire de ces pratiques quand on y est habitué. Il en sera donc de même ici; si le chef de l'Etat est d'avis de donner ordre de (détruire le récipient), pour réaliser ce sens de dissuasion, sa décision sera exécutoire.

• 3036. A supposer qu'il saisisse l'outre et la bête qui portait cette boisson, et qu'il vende tout cela, ce sera nul est non avenu.

comm. Car il aura vendu les biens d'autrui sans l'autorisation de leur propriétaire. Or en cette matière, le chef de l'Etat est comme le reste des gens, en ce sens qu'il n'a pas capacité pour vender les biens de quelqu'un contre lui (=à ses dépens) sans que le (chef y ait un droit légal reconnu contre lui.

• 3037. Si celui qui a fait entrer ces choses (interdites) est un Dhimmî et qu'il soit un ignorant, il faut lui rendre ses biens et le prévenir en l'informant que s'il récidivait, on le punirait.

comm. Car il s'agit là de choses qui se prêtent à confusion, pour les (Dhimmîs); et l'ignorance de tels cas empêche d'infliger une correction (**ta'dîb**).

• 3038. Mais s'il récidivait après qu'on l'a prévenu-ou s'il savait dès le début qu'il ne fallait pas faire cette chose, il ne faut néanmoins pas que le chef de l'Etat
1498 musulman * répande sa boisson alcoolisée, ni qu'il égorge son porc.

comm. Car il s'agit de choses de valeur pour ce (Dhimmî), et nous avons déjà mentionné que la correction ne doit pas comporter la destruction des biens. Mais le (juge) lui infligera une correction par des coups et par la prison.

• 3039. Et si quelqu'un d'autre (parmi les gens du commun) détruit ces biens du (Dhimmî), il devra l'en dédommager pour leur valeur, sauf si le chef de l'Etat musulman est d'avis que cet (acte de destruction devait être perpétré contre ce (Dhimmî) à titre de punition.

comm. Bref, pour les Dhimmîs, l'alcool et le porc sont, dans de telles circonstances, comme des ustensiles pour les Musulmans, car dans chacune des deux catégories, il s'agit de biens possédant de la valeur pour leur propriétaire, comme nous l'avons déjà mentionné.

• 3040. Si un Dhimmî transporte des boissons alcoolisées sur un fleuve, comme le Tigre ou l'Euphrate, et qu'ainsi il traverse Baghdad ou Wâsit, ou Ctésiphon (al-Madâ'in), on ne le lui interdira pas. Car alors c'est un grand chemin et il lui est indispensable d'emprunter pour faire son voyage.

comm. C'est -à-dire que ce qu'il n'est pas possible d'empêcher est pardonnable. En outre, on interdit cette (boisson) dans les endroits où se dressent certains des emblèmes de l'Islam et pour qu'elle ne mène pas à faire peu de cas des Musulmans; or ce sens est inexistant, au milieu du cours du Tigre.

• 3041. Toutefois, on ne laissera pas cet homme importer ouvertement quoi que ce soit dans les villages (dépendant) de ces villes, car ce serait faire peu de cas des Musulmans. Ce sens est inexistant au milieu du cours du Tigre, qui est (au contraire) comme une de ces foires ou de ces chemins où l'on trouve aussi des
Musulmans. * Et si cet homme le faisait, la loi est qu'il faudrait lui infliger une 1499
correction, comme nous l'avons déjà mentionné. Il en sera de même si des Dhimmîs veulent passer avec cette chose (interdite) à travers des villes cependant qu'il n'y a pas d'autre passage pour eux; alors non plus on ne les en empechera pas.

comm. Car il s'agit de quelque chose qu'il n'est pas possible d'interdire.

• 3042. Certes s'il y a un autre chemin pour eux, en dehors des villes alors on les empêchera de prendre celui-là.-

comm. Car dans ce cas ils n'ont pas besoin de ce passage (à travers les villes).

• 3043. Mais dans le cas où il n'y a pour eux d'autre chemin (qu'à travers la ville), alors il faut que le chef de l'Etat les fasse accompagner par quelqu'un de digne de confiance, pour les faire sortir de la ville:

comm. Et ce sera aussi bien dans leur intérêt-pour que quelque musulman ne les moleste pas-que dans l'intérét des Musulmans, pour que leur situation ne devienne pas celle de l'humilation et pour qu'aucune partie de cette (chose interdit) n'entre dans la maison de ceux des Musulmans qui sont soupçonnés de boire quoi que ce soit de cette (marchandise en transit).

• 3044. Si les Dhimmîs manifestent dans un quelque de leurs villages quelque perversité à laquelle on ne les a pas autorisés dans le traité de paix-comme de commettre la fornication ou de faire des choses impropres (=homosexualité), on leur interdira tout cela.

1500 **comm.** * Car cela ne fait pas partie des pratiques de leur religion, mais constitue une perversité même selon leur religion, étant donné qu'ils croyaient eux aussi en caractère interdit de ces actes comme le croient les Musulmans. En outre, puisqu'on l'interdit aux Musulmans, que ce soit dans les villages ou dans les villes, il en sera de même pour les Dhimmîs.

• 3045. On se fonde ici sur le cas du contrat à intérêt: En effet il est authentiquement prouvé que le Prophète a écrit dans le traité [1] de paix avec Najrân: **"Vous abandonnerez les transactions à intérêt, sinon ce sera recevoir déclaration de guerre de la part de Dieu et de son messager."** (cf Q. 2/279).

Le sens de cette (clause) était le même, à savoir que l'intérêt (**riba**) est une perversité selon leur religion aussi. En effet il est prouvé par précision dans le texte, que l'intérêt est interdit dans leur religion;[2] Dieu dit bien (Q. 4/161): ".... **et de ce qu'ils prennent des intérêts, chose qui leur était interdite**..."

Et sur la même (base), faire ouvertement la vente de flûtes (**mizmâr**) et de tambours (**tabl**), pour l'amusement, et faire ouvertement de la musique, ce sont des choses dont on empêchera les (Dhimmîs) comme on en empêchera les Musulmans. Si quelqu'un brise quelque instrument de musique des (Dhimmîs), il n'aura pas à les en dédommager, comme il n'en dédommagerait pas s'il le faisait au détriment d'un Musulman.

comm. Car le contrat de naturalisation ne confirme pas aux (Dhimmîs) cet (amusement), étant donné qu'il n'est pas prouvé que leur religion le leur confirme (autorise). Au contraire ce qui est confirmé pour eux (de par leur religion) ce sont les boissons alcoolisées, le porc, [1] le mariage avec les parents de degré prohibé,[2] l'adoration d'autre que Dieu. Donc on ne le leur interdira pas. A part cela, dans l'interdiction de commettre des choses impropres, leur situation est comme celle des Musulmans.

• 3046. Si une peuplade d'entre les ennemis en guerre demande la paix aux Musulmans à condition que, si les Musulmans bâtissent une ville dans leur région (après son rattachement au territoire islamique), ils ne leur interdiront pas de
1501 construire * de nouvelles synagogues ou églises et d'y vendre ouvertement des boissons alcoolisées et du porc, il ne faut pas que les Musulmans fassent la paix avec eux sur cette condition.

---

(1) Voir supra, note à la page III, 257, pour le texte de ce traité.

(2) Le prêt à intérêt est interdit par la Bible, voir Deutéronome, XXIII, 20.

(3) Notre auteur ne semble pas savoir que les boissons alcoolisées et le porc sont aussi intredits par la Bible que par le Qur'ân. Voir pour le vin, Lévitique, X, 8-9, Juges, XIII, 4, 14; et pour le porc voir Deutéronome, XIV, 8. Par contre affirmer que la musique d'amusement est complètement interdite, ne semble pas fondé. Le Prophète l'autorisait, voire même recommandait, pour les jours de fête et pour les noces, comme le précise Bukhârî. Quant à la Bible, nous n'y avons rien trouvé pour justifier cette affirmation de notre auteur pieux.

(4) Il s'agit là des mages zoroastriens, et non des Judéo-Chrétiens.

comm. Car cela signifie faire des bassesses en matière de religion et s'imposer des choses qui reviennent à faire peu de cas des Musulmans. Il n'est donc pas licite d'y avoir recours sauf quand le besoin et la nécessité se réalisent (= se font sentir).

• 3047. Et si le chef de l'Etat musulman leur a consenti cette condition, il ne lui faut pas la remplir, car elle est contraire au commandement de la Loi (islamique). En effet le Prophète a dit: "Toute condition qui n'est pas dans le Livre de Dieu (et ne s'y conforme pas) est nulle et non avenue."

comm. On se fonde à ce propos sur le récit selon lequel le Prophète conclut la trêve avec les Mecquois, le jour d'al-Hudaibiya, à condition qu'il leur rendrait tout fugitif d'entre eux qui se rendrait (chez le Prophète) même en embrassant l'Islam,(1) puis Dieu annula(2) cette condition par Sa parole que voici (Q. 60/10) "...**puis si vous les reconnaissiez croyantes, alors ne les renvoyez pas vers les mécréants...**" Cela devint donc le principe de base pour que quand une paix est conclue sur des conditions dont les unes sont licites et capables d'être remplies, et les autres vicieuses et impossibles à remplir, alors le chef de l'Etat y regarde et exécute celles qui sont licites et annule les vicieuses.

Ne vois-tu pas que s'ils stipulaient dans le traité de paix l'autorisation de pratiquer ouvertement la fornication et la location des prostituées, il ne serait pas licite de leur remplir cette stipulation, mais qu'on appliquerait la peine légale contre ceux qui seraient prouvés coupables d'avoir commis la fornication? il en sera de même en ce qui précède.(3)

• 3048. Si ceux qui ont conclu la paix (pour se rattacher au territoire islamique) construisent de nouvelles églises dans leurs villages et leurs villes, * 1502
après être devenus des Dhimmîs (sujets de l'Etat Islamique), et que par la suite ce

---

(1) Pour le texte et les détails de la trêve d'al-Hudaibiya, voir **Le Prophète de l'Islam** par Hamidullah, I, 166-170

(2) Cf aussi infra III, 289

(3) Il est difficile de suivre l'argumentation de l'auteur. Le Prophète avait accepté la condition de l'extradition unilatérale; et l'esprit sinon la lettre du traité voulait que cela vise les hommes seulement à l'exclusion de femmes. Quand le Prophète l'interpréta ainsi et ne voulut pas extrader les femmes réfugiées, l'ennemi y acquiesça sans peine et n'accusa pas le Prophète de violation du pacte. N'oublions pas que les deux cas de femmes de ce genre eurent lieu sur le champ et alors que l'encre du traité n'était pas même séchée. L'ennemi pouvait rejeter le traité, comme il en menaça le Prophète quand celui-ci voulut refuser l'extradition d'un jeune homme particulièrement mal traité à la Mecque, et qu'il dut céder et extrader selon le traité. Il n'y a donc pas eu annulation unilatérale du traité de la part du Prophète sous quelque prétexte que ce soit. Il s'agit seulement de l'interprétation d'une clause, et l'ennemi, un pays indépendant, l'accepta. Imposer quelque chose de nouveau à ceux qui sont devenus sujets n'est pas pareil. En outre, il y avait certes possibilité, au temps du Prophète, que la révélation du Qur'an promulgue une nouvelle loi inconnue auparavant des Musulmans, et les contraigne de refaire ce qu'ils ont fait, mais on ne peut pas prétendre la même chose pour l'époque de Chaibânî et de Sarakhsî. Quand il s'agit d'annuler la condition, librement consentie, stipulant la liberté de la fornication, le chef de l'Etat musulman ne peut pas avoir le prétexte qu'il ne savait pas auparavant son caractère illicite: lors de la conclusion du traité, il devait savoir que la loi exemple donné par Sarakhsî n'est pas du tout bon.

lieu devienne une des villes habitées par les Musulmans et où l'on célèbre les offices du vendredi, alors il ne faut pas que les Musulmans démolissent quoi que ce soit de ces (nouvelles églises).(1)

comm. Car ils les ont construites **ab initio,** à un moment où il ne leur était pas interdit de le faire. Donc ces (églises) et les autres plus anciennes, qui existaient déjà lors de la conclusion de la paix, sont égales. On les leur laissera donc.

• 3049. Mais on leur interdira de construire de nouvelles églises après que ce lieu sera devenu une des villes habitées par les Musulmans.

comm. Si l'on disait: "Comment peut-on leur interdire la vente ouverte des boissons alcoolisées et des porcs, dans cette ville-là alors qu'on ne leur interdit pas la célébration des messes dans leurs églises anciennes?" Nous dirions: C'est parce que la vente des boissons alcoolisées et du porc est une disposition que les (Dhimmîs) prennent **ab initio,** après que ce lieu est devenu territoire islamique, tandis que la continuation de l'église telle qu'elle était auparavant n'est pas une innovation dans les dispositions qu'ils prennent. Célébrer une messe dans l'église est certes une disposition que (chaque fois) on prend **ab initio;** mais la conclusion du pacte de naturalisation (**litt.** : "dhimmification") leur donne le droit à ne pas être molestés; donc leur célébration de la messe dans cette (église ancienne) est comme de boire du vin ou de manger du porc.(2)

• 3050. Si une des villes habitées par les Dhimmîs devient une ville habitée par (un nombre considérable) de Musulmans avec célébration des offices du vendredi, et qu'on interdise aux Dhimmîs de construire de nouvelles églises, si par la suite les Musulmans s'en retirent, de sorte qu'il n'en reste guère dans cette ville, alors, comme
1503 nous l'avons déjà dit,(3) * on reviendra au **statu quo ante,** à savoir qu'on n'interdira plus aux Dhimmîs d'y construire de nouvelles églises. A supposer que plus tard il paraisse bon aux Musulmans de revenir encore une fois dans cette ville-là (en grand nombre), ils ne démoliront rien de ce que les Dhimmîs auront construit d'églises (après le départ et) avant le retour des Musulmans.

comm. Car au moment où ils les ont construites, cela ne leur était pas chose interdite. Donc ceci et ce qu'ils ont construit avant que les Musulmans aient choisi ce lieu pour en faire une ville à eux, sont pareils. Si cet endroit a été conquis par la force, nous avons déjà mentionné qu'on doit interdire à ces gens d'y célébrer leurs messes comme on le leur interdit dans leurs anciennes églises.

• 3051. Supposons qu'ils aient en leur posession une ancienne église se

---

(1) Comme nous l'avons mentionné dans la note sur III, 252, **supra,** Chaibânî a changé et adouci son avis qu'il avait émis lors de la rédaction de son **Siyar Saghir** (inclu comme chapitre dans son **al-Asl,** appelé également **al-Mabsût,** mais qu'il ne faut pas confondre avec **al-Mabsût** de Sarakhsî).

(2) Sarakhsî veut probablement dire que, si on ne peut pas interdire aux Dhimmîs de boire du vin et de manger du porc, on ne peut pas non plus leur interdire de pratiquer leur religion dans leur lieu de culte. Boire est une chose, et vendre la boisson ouvertement en est une autre.

(3) S aupra III, 257

trouvant dans une des villes habitées par les Musulmans, puis que les Musulmans veuillent leur interdire d'y célébrer leurs messes, mais que les autres disent: "Nous sommes des Dhimmîs, et nous avons conclu la paix (pour nous rattacher pacifiquement au territoire islamique)"; si les Musulmans disent: "Non! au contraire, nous avons conquis votre pays par la force pour faire de vous des Dhimmîs", et à supposer qu'il s'agisse d'une vieille affaire et que l'on ne sache plus comment cette région a été (rattachée), alors le chef de l'Etat musulman fera une enquête pour savoir s'il y a quelque trace de connaissance chez les Juristes, et il demandera aussi aux historiens la condition originelle de cette terre. S'il trouve quelque trace (=document), il agira en conséquence;-

comm. Car la transmission des faits par des gens dignes de confiance constitue une preuve légale qu'il est obligatoire d'appliquer. Une autre raison est qu'il n'est plus possible d'établir ce fait par une preuve péremptoire, étant donné que personne ne vit plus, de ceux qui ont connu le fait de première main et qui savaient ce qui s'est passé, pour témoigner de ce témoignage-là dans une telle question. Voilà pourquoi il suffit d'avoir la preuve qui existe entre les mains des juristes, étant donné que dans les preuves on admet une certaine souplesse; c'est ainsi en effet qu'on se contente du témoignage des femmes pour les faits que les hommes ne voient pas (comme l'accouchement etc.). Et encore: il s'agit d'une question religieuse. Or dans les questions religieuses, le récit fait par un seul narrateur **(khabar wahid)** est une preuve suffisante pour qu'on l'applique;-

• 3052. Mais si on ne trouve rien en la possession des juristes, ou même si les traces de connaissance y sont divergentes,- alors le 'chef de l'Etat) traitera ce lieu comme si on l'avait acquis pacifiquement, et il ajoutera foi en cela à la parole des habitants (non-musulmans) de l'endroit.

comm. Car l'endroit est en leurs mains, et eux se rattachent à la situation originelle, tandis que les Musulmans y surviennent comme incident, avec cette interdiction (de dire la messe) et cette démolition (de l'église). C'est pourquoi il faut ajouter foi à la parole accompagnée de serment de ceux qui se rattachent à la situation originelle. et d'autant plus que leur parole est consolidée par la parution de la paix qui existe en ce moment entre nous et eux. En effet le principe de base est que, si un doute s'empare d'une chose du passé, il faut se référer à la situation présente, comme c'est aussi le cas au sujet de l'écoulement de l'eau quand on prend en location un moulin à eau.(1)

Ce qui explique cela, c'est que nous avons la certitude de l'existence du droit de ces (Dhimmîs), à l'origine; le doute et le conflit des indices ne concernent que ce qui doit prouver le droit des Musulmans à propos de (la conquête de ce lieu). Or la certitude ne s'évanouit pas à cause d'un doute.

---

(1) C'est-à-dire, s'il n'y a pas d'eau, le locataire ne doit pas payer le loyer, puisque le moulin ne marche pas. Donc s'il y a contestation au sujet de l'existence de l'eau à un moment donné et en l'absence d'autre moyen de preuve, on agira selon le principe que, ce qui existe maintenant sera considéré comme ayant existé même auparavant.

• 3053. Sur le même principe, si l'on trouve quelque trace pour dire qu'il s'agit d'un rattachement pacifique et quelque autre trace pour dire que les (Musulmans) ont conquis ce village) par la force, dans ce cas (de conflit) aussi c'est à la parole des (Dhimmîs) qu'il faut ajouter foi.

comm. Car il y a conflit entre les traces.

1503 • 3054. * Mais ce sera le contraire s'il y a des témoins-de-témoine pour dire qu'il y a eu rattachement pacifique, et s'il y a des témoins (de première main) pour dire que les (musulmans) l'ont conquis par la force: alors, on se fondera sur le témoignage de ces derniers.

comm. Car le témoignage est une preuve péremptoire, donc on le préfèrera pour établir (le jugement). Quant à ceux qui témoignent du rattachement pacifique, ils font subsister le **statu quo ante** et n'établissent rien de nouveau, cependant que les autres (témoins) établissent l'avènement de quelque chose de nouveau. Quant à la trace (de connaissance, c'est-à-dire un livre historique, et non témoignage) elle n'est pas un témoignage décisif, et là les deux côtés sont pareils, qu'on l'applique négativement ou positivement, et qu'on laisse subsister le **statu quo ante** ou qu'on fasse survenir quelque chose de nouveau. Le résultat est qu'il y a conflit. Donc il faut dans de tel cas se référer à l'état originel. Après cela (Chaibânî) fait allusion, dans le livre, à un autre point, et dit:

• 3055. Si, avant l'établissement de la preuve, on a ajouté foi à la parole de ces (Dhimmîs), ce sont les Musulmans qui auront besoin de produire la preuve, et non les Dhimmîs. Donc si les (Musulmans) produisent la preuve, on l'acceptera comme la preuve d'un étranger contre celui qui a l'objet contesté en sa main possédante, lorsque le litige concerne le titre absolu de propriété (**milk mutlaq**).

comm. Si l'on disait: "Mais il faut qu'on donne préférence à originelle (dont ils jouissaient) et rejette la cause qui donne (aux Musulmans) le droit de les réduire en esclavage. Ce sera à l'instar du cas d'un homme au statut inconnu, quand on établit par une preuve sa qualité d'homme libre à l'encontre de la preuve produite par celui qui soutient que le sujet est un esclave". Nous dirions: On ne peut pas prendre en considération ce sens ici. Car ceux des ennemis qu'on a capturés par la force seront, si le chef de l'Etat musulman les favorise (en les libérant gratuitement), hommes libres d'origine, et auront le même statut que ceux qui concluent la paix à condition qu'on préserve leurs terres et leurs personnes. Tous les juristes sont d'accord pour
1504 dire que ces gens seront hommes libres sans jamais avoir subi d'esclavage. * Mais (ici), ce qu'ils réclament c'est au sujet des églises qui sont en leurs mains. Donc ce sera une réclamation entre un étranger et celui qui a en sa main possédante l'objet contesté, et cela concernera le titre de propriété de ce qui est en sa main possédante.

• 3056. A supposer qu'on produise une trace (de connaissance) pour montrer que les (Musulmans) on conquis ce (territoire) par la force, et qu'on produise un témoignage-de-témoignage (=un témoignage de seconde main pour dire) qu'ils l'ont acquis pacifiquement, alors ce témoignage a plus de droit à être pris (pour fonder le jugement).

comm. Car le (témoignage) est une preuve péremptoire, et le récit d'une trace (de connaissance) ne sera pas son égal, étant donné que ceci n'est pas une preuve en cas de contestation et de litige.

• 3057. Mais dans ce cas la conditon est que les témoins d'origine et les témoins de seconde main soient tous des Musulmans.

comm. Car le témoignage des Dhimmîs ne constitue pas une preuve contre les Musulmans.

• 3058. A supposer que la trace (de connaissance) dise que les Musulmans ont acquis (ce territoire) pacifiquement, mais que le témoignage dise qu'ils (l')on acquis par la force, alors on s'en tiendra au témoignage, et en cela il sera égal que les témoins soient des Musulmans ou des Dhimmîs.

comm. Car ce témoignage va à l'encontre des Dhimmîs au sujet de ce qu'ils ont en leurs mains possédantes, pour savoir s'ils y ont droit ou non. Or le témoignage des Dhimmîs contre les Dhimmîs constitue une preuve. Et Dieu sait mieux la vérité.

*** Chapitre (154)** 1506

DE CE QU'IL EST LICITE AUX MUSULMANS DE FAIRE À L'ENNEMI ET DE CE QU'IL NE LEUR EST PAS LICITE DE FAIRE

• 3059. Nous avons déjà mentionné (cf.ch. 147) qu'il n'y pas à faire grief à ce qu'on incendie et (ou) inonde les fortins des (ennemis), cela tant qu'ils y offrent de la résistance; et il est égal qu'il s'y trouve ou non des Musulmans d'entre les prisonniers de guerre ou touristes sous sauf-conduit. Mais il est préférable de ne pas tenter l'inondation et l'incendie s'il y a un autre moyen pour les conquérir.

comm. Car dans ces moyens il y a destruction de la vie des Musulmans s'il s'en trouve là. Et s'il ne s'y trouve pas de (Musulmans), il y a quand même destruction de la vie des enfants et des femmes des (ennemis), et c'est chose interdite par la loi islamique. Donc il ne faut avoir recours à ces moyens que quand il n'y a pas d'autre moyen de les conquérir, sauf ce moyen-là, ou si tout autre moyen doit causer grande gêne et beaucoup de peine (**mu'na**, aux Musulmans). Alors pour éviter cette peine, il leur est licite d'incendier.

Si cette licéité est absolument établie-et même si l'on est au courant de la situation exacte (de l'existence de prisonniers musulmans etc.)- il n'incombera aux (conquérants musulmans) aucun prix du sang ni expiation.

Car cela incombe à celui qui commet un meurtre interdit. Or il s'agit ici de combats de devoir. Il n'incombera donc (à qui les mène) ni prix du sang ni expiation.

• 3060. Un bateau est comme un fortin, en tout ce que nous avons mentionné. Il en est de même si les (ennemis) prennent pour boucliers des enfants de

Musulmans ou les leurs propres: dans tous les (deux) cas il faut que les (Musulmans) visent, par leur acte, les Mécréants d'entre les combattants (ennemis), et non les autres.

1507 **comm.** * Car si les (Musulmans) sont en mesure d'éviter, de fait, aux enfants d'être atteints, il faut qu'ils le fassent; et si cela leur est impossible, mais s'il leur est possible de ne pas les viser délibérément, c'est cela qui leur incombe, pour appliquer cette parole de Dieu: (Q. 64/46): "Craignez Dieu, donc, tant que vous pouvez...." Nous avons déjà mentionné, en ce qui précède (cf III, 216-7), quelles sont les règles qui concernent le prix du sang et l'expiation pour ce genre d'actes où l'attribut d'erreur se réalise.

• 3061. S'il y a une divergence entre le tireur (de la flèche) et le représentant des droits de la victime musulmane et que ce représentant des droits dise: "Tu as tiré sur lui intentionnellement après avoir su que ce (prisonnier musulman) avait été contraint par les (ennemis) de tenir place dans les rangs (combattants)", mais que le tireur dise: "Je n'ai visé, par mon tir, que les mécréants", alors c'est la parole du tireur, accompagnée du serment qui prévaudra (cela en l'absence de tout autre preuve).

comm. Car il lui était tout à fait licite de tirer vers le rang des mécréants. Eu égard à l'origine, il n'incombe au (tireur), de par cet acte, aucun dommage. Il faut donc s'en tenir à l'origine, jusqu'a ce qu'ait lieu un indice contraire.

• 3062. En outre, dans ce cas le représentant des droits (de la victime) soutient que le tireur a contre lui une cause qui fait que le dommage lui incombe, à savoir qu'il a visé la (victime) délibérément, par son tir, tout en sachant la situation (qu'elle était musulmane), tandis que le (tireur) le nie. Alors (selon le principe) c'est la parole de celui qui nie, ascompagnée du serment, qui prévaudra.

comm. Une autre raison est que les apparences témoignent en faveur du tireur, étant donné qu'un Musulman ne tire pas délibérément sur un (autre) Musulman.

• 3063. Or quand un acte est libre (=n'est qualifié de rien), on le tient pour légalement licite.

comm. Car le religion et la raison de ce (soldat musulman) l'y poussent et l'empêchent de commettre ce qui n'est pas licite. C'est pour cela que nous avons assigné (= décidé) qu'ici c'est la parole du tireur qui prévaudra.

1508 • 3064. * Sauf qu'on lui demandera de jurer.

comm. Car le demandeur soutient contre lui une chose telle que si le (défendeur) l'avouait, elle collerait à lui; donc si celui-ci nie, on lui demandera de le jurer, espérant qu'(en cas d'inexactitude) il se récuserait (pour ne pas se parjurer).

• 3065. Si les Musulmans capturent une femme portant un petit enfant, mais ne sont pas en mesure de la transporter., il ne leur est pas licite comme nous l'avons déjà mentionné, de tuer ni l'un ni l'autre.

comm. Car il est interdit expressément par la Loi de tuer les femmes et les enfants.

• 3066. Toutefois ils les abandonneront tous deux dans un lieu de perdition.

comm. Car les abandonner dans un lieu de perdition c'est s'abstenir de leur faire du bien, le bien étant de les transporter dans un lieu de sécurité. Or s'abstenir de faire du bien n'est pas faire du mal.

• 3067. Si avec eux deux, (la mère et l'enfant), il y aussi le père de l'enfant, pas de grief à ce qu'on le mette à mort.

comm. Car il s'agit d'un captif dont il est licite de verser le sang.

• 3068. S'il fallait s'abstenir de le tuer, parce qu'il y a crainte de perdition pour les deux autres (mère et enfant), il faudrait s'abstenir de tout combat contre les mécréants.

comm. Car personne d'entre eux n'est tué dans la querre sans qu'il y ait crainte de perdition pour ses dépendants (**'iyâl**).

• 3069. Mais si les (Musulmans) sont en mesure de transporter la femme seule sans l'enfant, et qu'ils sachent que s'ils séparaient l'un de l'autre, l'enfant mourait-cela étant leur avis prépondérant-alors pas de grief à ce qu'ils le fassent (=qu'ils transportent la mère seule).

comm. * Car s'ils abondonnent les deux, l'enfant périra quand même. Or faire 1509
périr l'un des deux est mieux que de faire périr les deux. En outre, s'ils transportent la femme et non l'enfant, ils veulent par là tirer du profit en la réduisant en esclavage. Or c'est un droit des Musulmans, reconnu juridiquement.

• 3070. Donc pas de grief à ce qu'ils séparent la mère de son enfant, à cause de ce droit juridiquement reconnu; toutefois il ne leur faut pas jeter l'enfant de sur leurs chevaux, mais le déposer sur la terre.

comm. Car s'ils le jettent, il périra par leur acte, ce qui équivaut à un meurtre de leur part; tandis que s'ils le déposent par terre, ils ne deviennent pas ses meurtriers.

Ne vois-tu pas ceci? Si quelqu'un trouve une chose perdue dans la rue, la ramasse, puis la remet en sa place, il ne lui incombe aucune responsabilité; mais s'il la rejette de sorte qu'elle est détruite, il lui incombera de dédommager de cette chose. Cela montre la différence entre le fait de (détruire délibérément, d'une part, et d'autre part de déposer et d'abandonner dans un endroit où l'on sait que la (chose) se détruira.

• 3071. Il en est de même si les (Musulmans) sont en mesure de transporter l'enfant mais non sa mère: alors pas de grief à ce qu'ils le transportent et abandonnent la (mère), pourvu qu'ils espèrent le faire sortir (vers le territoire islamique) sain et sauf, à savoir qu'ils soient en mesure de lui procurer la nourriture nécessaire après l'avoir séparé de sa mère. Mais s'ils ne sont pas en mesure de le

faire et qu'ils sont sûre et certains qu'il mourra entre leurs mains s'ils le transportent sans sa mère, alors mieux vaux qu'ils l'abandonnent en compagnie de sa mère.

comm. Car ce serait une séparation inutile. En outre, s'ils l'abandonnent en cempagnie de sa mère, on n'attribuera pas à leur acte la mort de l'enfant, * ni par une cause ni par voie directe; tandis que s'ils le transportent sans la mère, la mort de l'enfant sera attribuée à leur acte par une cause, vu qu'ils le séparent de sa nourriture qu'est le lait de sa mère.

• 3072. Ils sont en mesure de transporter l'un des deux seulement, à leur gré, il faut qu'il transportent celui en qui il y a pour eux le plus d'utilité.

comm. Car c'est en vue de leur utilité qu'il leur est licite à l'origine de transporter l'un et non l'autre. Donc si dans un cas il y a plus d'utilité, cela décidera aussi la préférence.

• 3073. Mais si l'utilité est égale dans les deux, et s'ils n'espèrent pas que l'enfant vive si on le sépare de sa mère, alors il faut qu'ils transportent la mère et non l'enfant.

comm. Car dans ce cas il n'y a aucune utilité de transporter l'enfant.

• 3074. Mais s'ils espèrent que l'enfant vive par la nourriture qu'on lui procurera, alors mieux vaut transporter l'enfant et abandonner la mère.

comm. Car c'est au sujet de l'enfant que la crainte de la mort et le manque de bienfaisance sont plus manifestes. En outre, la mère est une mécréante et assez grande pour être visée (par l'invitation à l'Islam). Donc si elle persiste dans sa mécréance, mieux vaut s'abstenir de lui faire du bien à elle que de s'abstenir d'en faire au nourrisson.

1510 • 3075. * Mais si les (Musulmans) sont en mesure de les transporter tous deux, alors je n'aime pas qu'on en abondonne l'un des deux, car ce serait abandonner une occasion d'utilité pour les Musulmans alors qu'on seraient en mesure de le faire. La raison en est qu'il y a, là, séparation entre la mère * et son enfant, cependant que le Prophète a dit: "Quiconque sépare une mère de son enfant, Dieu le séparera de ses aimés le jour de la Résurrection."

comm. Car ce sont eux qui ont transporté ces deux individus jusqu'à cet endroit et s'ils y laissent l'un des deux, ce sera perdition pour celui qui est abandonné. Donc il ne faut le faire que quand il est impossible de les transporter tous les deux.

• 3076. Ainsi le cas serait différent si ces deux individus (mère et enfant) s'étaient trouvés eux-mêmes ici: dans ce cas, pas de grief à ce qu'on en prenne un seul selon le gré.

comm. Car ce ne sont pas les (Musulmans) qui les ont amenés ici tous les deux, et il leur est loisible de les laisser tous deux ici malgré la capacité que les (Musulmans) ont de les transporter. Il leur est donc loisible d'(y) abandonner l'un

des deux et de prendre (seulement) l'autre, étant donné que cette séparation aura lieu sur la base d'un droit (dont jouissent les conquérants).

• 3077. Mais ceci n'est (licite) que quand les (Musulmans) espèrent que l'enfant survivra en leurs mains par la nourriture qu'ils lui procureront, au cas où c'est lui qu'ils prendraient. Au contraire s'ils n'espèrent pas sa (survie), alors il leur faut ou bien les prendre tous deux-s'ils le peuvent- ou bien les abandonner tous les deux.

comm. Car s'ils prennent l'enfant seul, ce sera une séparation non utile (aux Musulmans).

• 3078. Donc s'ils ne peuvent prendre qu'un seul (1) des deux, alors qu'ils prennent la mère.

comm. Car il y a utilité pour les (Musulmans).

• 3079. * Et pas de grief à ce qu'ils le prennent (seule), même si l'avis prépondérant est que l'enfant nourra (tout seul).

comm. Car ils prennent la mère, cherchant à en tirer un profit. Or la prendre n'est pas la même chose que tuer l'enfant directement.

• 3080. De même s'ils trouvent avec l'enfant son père seul: pas de grief à ce qu'ils tuent le (père) ou le prennent prisonnier, même s'ils savent qu'après le (père) l'enfant tout seul mourra.

comm. Car ce n'est pas la même chose que de tuer l'enfant directement.

• 3081. Il en sera de même si, avec l'enfant il y a ses père et mère: pas de grief à ce qu'on dépose l'enfant de côté et qu'on prenne pirsonniers les seuls deux parents.

comm. Ne vois-tu pas qu'il n'y a pas à faire grief d'incendier les fortins des (ennemis) ou les inonder, même si cela implique des morts d'enfants? Donc à plus forte raison il sera licite de tuer ou faire prisonnier un mécréant (ennemi), même si cela implique la mort d'un petit (enfant). Toutefois il ne leur faut pas jeter l'enfant par terre, mais le déposer sur la terre dans un coin, si cela leur est possible. Mais s'ils n'ont pas la possibilité, par exemple si les mécréants les poursuivent et que les (Musulmans) craignent que s'ils descendaient (de leurs chevaux) et déposaient l' (enfant) sur la terre, les mécréants les rejoindront, alors pas de grief à ce qu'ils le jettent de leur chevaux, sans tenter délibérément de le tuer.

Car leur propre affaire (de survie) est plus importante, et il leur incombe de prendre garde à ne pas tomber entre les mains des mécréants, dans la mesure du possible. Donc Les (Musulmans) se trouvent ici dans la même situation que celle où les mécréants se servent d'enfants comme de boucliers. Or nous avons déjà mentionné (cf III, 201, 265-6) que dans ce cas-là il n'y a pas à faire grief de tirer sur
les (enfants), * à condition qu'on ne cherchent pas délibérément à tuer les enfants. 1511

(1)Il convient de lire: وإلا على أحدهما

Ici aussi, pas de grief à ce qu'on jette les enfants de sur les bêtes de guerre (chevaux), s'il y a impossibilité pour les (Musulmans) de les transporter où même de les déposer par terre.

• 3082. Si en les jetant ils causent la mort de ces (enfants), il n'en incombe aux (Musulmans) ni expiation ni péché, si Dieu le veut.

comm. Car les (soldats musulmans) font ce qu'on leur a commandé de faire; mais nous avons restreint (la réponse) avec une réserve (c.-à-d. "si Dieu le veut") qui n'existe pas du tout dans le cas où on a pris les enfants pour boucliers. La raison en est que, dans ce dernier cas, les (Musulmans) ne font rien aux enfants avant que les mécréants les aient pris pour bouclier, tandis que dans le cas en discussion ils ont déjà fait quelque chose aux enfants avant d'être obligés de les jeter, à savoir que les (Musulmans) les ont portés et transportés d'un endroit à l'autre. Voilà pourquoi la réponse est conditionnée d'une réserve (qui implique qu'il y a une gêne morale dans cette autorisation légale).

• 3083. Il en sera de même si les Musulmans se trouvent dans un bateau et qu'il y ait avec eux sur le bateau des enfants de mécréants (ennemis): s'ils atteignent un endroit de la mer où l'avis prépondérant est qu'à monis de les jeter à l'eau, le bateau et ceux qui s'y trouvent couleront, alors pas de grief à ce qu'on jette les (enfants), sans vouloir délibérément les tuer.

comm. Car, dans cette alternative, il n'y a plus de choix pour échapper à l'épreuve (=au danger). Donc il leur est loisible de tenter cette (manoeuvre).

• 3084. A Supposer qu'il y ait avec eux des enfants musulmans dans les deux cas (de la fuite devant les ennemis ou sur le bateau), et que le reste des circonstnaces soit le même, alors il ne faut par que les (Musulmans) jettent les (enfants musulmans à la mer) ou du haut de leurs (bêtes).

comm. Car les enfants des Musulmans sont aussi sacrés que les adultes, parmi eux.

1512 * Nous avons mentionné (cf III, 220) qu'il n'est pas licite à un homme de sauver sa vie au moyen de la vie d'un autre, qui est aussi sacré que lui-même. Cela à l'instar du cas où l'on serait contraint, sous menace de mort, à tuer un Musulman (cf ch. 150). Une autre raison en est qu'ainsi ils précipitent le massacre des Musulmans et des Musulmanes. Or une telle chose n'est pas permis (même) pour celui qui craint pour sa vie.

Ne vois-tu pas que, si quelqu'un est éprouvé par la famine, il ne lui est pas permis de consommer un enfant musulman pour éviter la mort par inanition de lui-même?

• 3085. Supposons qu'il y ait, sur le bateau, en leur compagnie, des gens d'entre les Dhimmîs (sujets non-musulmans de l'Etat islamique) où des ennemis en guerre venus sous sauf-conduit: ils auront le même statut que les Musulmans: il ne sera pas loisible aux (Musulmans) de les jeter à l'eau s'ils ont crainte pour leur vie.

comm. Car ces (non-Musulmans) jouissent de la protection par le pacte de naturalisation ou par celui du sauf-conduit. Ils auront donc la même protection que celle qu'ils auraient au moyen de la foi (islamique).

• 3086. Le vrai point distinctif entre ces non-Musulmans et les enfants des ennemis en guerre est que les (Musulmans) sont empêchés de tuer ceux-là à cause d'une protection qu'ils leur ont eux-mêmes donnée.

Ne vois-tu pas qu'on ne peut pas les réduire en esclavage, tout comme on ne peut pas les tuer? Tandis que dans le cas des enfants (ennemis) ils sont empêchés de tuer ces (enfants) non à cause d'une protection donnée mais par l'inexistence de la cause qui obligerait de les tuer, c.-à-d. la belligérance, (les enfants ne menant pas les combats). Voilà pourquoi ils est licite de les réduire en esclavage, chose qui les "détruit" (non pas physiquement mais) **de jure.** La protection dont les (enfants) jouissent étant faible, nous disons que, lors d'une nécessité pressante (détresse), il est permis de les prendre pour se préserver soi-même (=en les sacrifiant).

* Sur la même base, si le roi ennemi dit à un prisonnier musulman de tuer un 1513
enfant ou une femme d'entre les (ennemis) et ajoute: "Si tu ne la tues pas, nous te tuerons", alors il lui est loisible de tuer cet individu (ennemi). Il lui sera également loisible de s'en abstenir jusqu'à ce qu'on le tue sur le territoire ennemi.

comm. Mais il ne lui est aucunement loisible de tuer un Musulman ou un Dhimmî, sous contrainte (de la part des ennemis).

• 3087. Si Un détachement (**jarida**) de cavaliers musulmans rencontrent des enfants musulmans sur le territoire ennemi, et qu'ils les transportent sur leurs chevaux, puis que l'ennemi les rejoigne, alors il ne leur sera pas loisible de jeter les enfants, mais (ils devront ou bien se défendre et) mourir jusqu'au dernier individu, ou bien sauver [1] des (ennemis) les enfants avec eux-mêmes, étant donné l'égalité de respect et de protection qui existe entre eux et les (enfants musulmans). Mais cette égalité a lieu seulement quand les (Musulmans) ont pris les (enfants musulmans) et se sont imposés la responsabilité de les transférer en territoire islamique. Au contraire si, par crainte de l'ennemi, ils ne les prennent pas-parce que s'ils les prenaient, ils ne leur serait pas possible de les transporter et que l'ennemi les rejoindrait-alors pas de grief à ce qu'ils ne prennent pas ces (enfants musulmans).

comm. Car ils ne font ainsi que s'abstenir de faire du bien à ces enfants, mais sans leur faire du tort. Une autre raison est que ces (cavaliers musulmans) s'abstiennent de s'imposer une chose qu'ils ne seraient pas en mesure de remplir s'ils se l'imposaient. Certes si ces (cavaliers) livrent des combats pour ou bien être tués, ou remporter la victoire sur l'ennemi et faire sortir les (enfants vers le territoire islamique), ce sera plus excellent.

comm. * Car défendre (=protéger) les enfants musulmans est la règle 1514
principale (**'azima**), et le négliger, lors de la détresse, c'est seulement permis

---

(1) Ainsi يغلبوهم dans le MS. de Paris, la lre éd. portant: يطيروهم

(rukhsa). Or se tenir à la règle principale vaut mieux que de se permettre la chose permise.

• 3088. A supposer que l'avis prépondérant de ce (détachement de cavaliers) soit qu'ils pourront étre de force contre les mécréants (ennemis en guerre) au point de leur arracher ces enfants (musulmans), il ne sera pas loisible à ces (cavaliers) de les abandonner.

comm. Car défendre les enfants musulmans, dans la mesure du possible, c'est la règle principale. On sait que quand il ya a une levée en mass **(nafîr 'amm)**, il est du devoir de tous ceux qui le peuvent en personne de sortir pour la guerre, en vue de défendre les enfants musulmans. Donc la même chose ici.

Bref, si les (Musulmans) espèrent pouvoir échapper, eux les enfants musulmans, au cas où les (ennemis) les combattraient, alors il ne leur est pas loisible de faire autrement. Mais s'ils ne l'espèrent pas, alors il leur est permis de commencer par acquérir pour leurs propres personnes la cause de leur salut, agissant ainsi selon les apparences de cette parole du Prophète: "Commence d'abord par toi même puis par ce qui dépend de toi." Il en sera de même si les (Musulmans) sont éprouvés par un car pareil, avec des enfants ennemis qu'ils transportent sans les pères et mères de ces (enfants) et qu'ils ont transférés effectivement sur le territoire islamique, quand les mécréants (ennemis) les rejoignent.

La raison en est que ces enfants sont automatiquement devenus musulmans, eu égard au fait qu'ils se trouvent sur le territoire islamique sans être accompagnés de leurs pères et mères. Ne vois-tu pas que si quelqu'un d'eux meurt, on célèbre pour lui l'office funéraire islamique? Car ils sont à cet égard comme les enfants des Musulmans.

• 3089. Au contraire si l'avis prépondérant des Musulmans est que les (enfants) ne mouraient pas s'ils les jetaient (du haut de leurs chevaux), mais que les
1515 mécréants (ennemis) les captureraient pour les ramener dans leur territoire, * alors pas de grief à ce que les (Musulmans) les jettent, au cas où ils ne sont pas de force contre ces mécréants (qui les poursuivent).

comm. Car cela n'implique ni la destruction ni la tuerie des enfants. Or ce qui est interdit aux (Musulmans) c'est de prendre, pour se préserver soi-même, une vie qui est aussi sacrée que la leur.

• 3090. De même si ces (Musulmans) sont accompagnés d'enfants musulmans où de femmes musulmanes (arrachés aux ennemis), puis qu'ils craignent qu'à moins de les jeter, ils ne soient rejoints et tués par les ennemis-s'ils ne sont pas de force contre les mécréants (ennemis)-alors pas de grief à ce qu'ils jettent ces (enfants et ces femmes) pourvu qu'ils sachent que les mécréants ne feront que les prendre mais ne les tueront pas.

comm. Car en cela il n'y a ni destruction ni tuerie délibérées.

Ne vois-tu pas ceci?Si les (ennemis) assiègent un des fortins des Musulmans

où il y a des femmes et des enfants, et que les Musulmans ne soient pas de force à combattre les ennemis en guerre, il sera loisible aux (Musulmans) d'abandonner le fortin aux (ennemis).

Car leur agissement n'implique pas la destruction des femmes et des enfants des Musulmans.

• 3091. Au contraire, s'ils sont de force à les combattre, et que l'avis prépondérant soit qu'ils se feront justice de ces (ennemis), alors il ne leur est pas loisible d'abandonner les (? les enfants etc. aux ennemis).

comm. Car un avis prépondérant, à propes de quelque chose dont il est impossible de savoir la vérité, est comme la certitude; et défendre les enfants et les femmes des Musulmans est le devoir déterminé (**fard 'ain**) de chaque individu musulman, quand il le peut.

• 3092. * Mais à supposer que ces (Musulmans) se trouvent sur un bateau, et 1516
qu'ils craignent qu'à moins de jeter [1] à l'eau les femmes et les enfants, les ennemis ne capturent (tous) les occupants du bateau, il ne leur est quand même pas licite de les jeter à l'eau.

comm. Car l'avis prépondérant au sujet de l'eau est qu'elle est destructrice. Donc cet agissement constitue la destruction des femmes et des enfants. Or il n'est pas loisible aux Musulmans de faire cela pour sauver ainsi leur propre vie. Dans le cas précédant, c'était le contraire. Car, en général, jeter des gens du haut des chevaux ne les détruit pas. Cela au point que même au sujet du bateau, si l'avis prépondérant des (Musulmans) est que s'ils jettent les femmes et les enfants (à l'eau), ceux-ci ne périront pas, mais que seulement les ennemis les captureront, alors pas de grief à ce qu'ils le fassent (=qu'ils jettent les femmes etc. à l'eau), pourvu que l'avis prépondérant soit que s'ils ne le faisaient pas ils périraient tous (eux-mêmes avec les femmes et enfants).

• 3093. Si un détachement (**sarîya**) capture des enfants de mécréants (ennemis) sur le territoire en guerre, puis qu'il lui soit impossible de les transporter avec lui, s'il passe par un fortin des ennemis et que les occupants du (fortin) lui demandent de leur remettre ces enfants afin de les élever, cela n'est pas loisible à ces Musulmans. Au contraire, ils déposeront ces (enfants) quelque part. Les (ennemis) descendront pour les prendre, s'ils le veulent; et ils les abandonneront s'ils le veulent.

comm. Car les remettre aux (ennemis) pour qu'ils les élèvent, c'est faire du bien à ces (enfants ennemis). Or nous avons mentionné que cela n'est pas obligatoire aux Musulmans au sujet des enfants de mécréants (ennemis); il leur incombe seulement de s'abstenir de leur faire du mal. Or les déposer par terre n'est pas leur faire du mal. Les (Musulmans) ont donc le choix: s'ils le veulent, ils les déposeront par terre; et s'ils le veulent, ils les remettront aux (ennemis). Après cela et jusqu'à la

(1) Ainsi لم يرموا dans le MS de Paris, le mot لم manque à l'ed.

fin du chapitre, il y a (dans le livre du Chaibânî) des questions dont le commentaire a déjà été donné dans ce qui précède. Et tout pouvoir provient de Dieu.

1517 *** Chapitre (155)**

DES MARCHANDISES QU'IL EST LICITE AUX MUSULMANS DE FAIRE SORTIR VERS LE TERRITOIRE DE L'ENNEMI EN GUERRE

• 3094. Nous avons déjà mentionné (cf ch. 139) qu'il est recommandé aux Musulmans de ne pas faire entrer dans le territoire de l'ennemi en guerre quoi que ce soit où il y aurait de l'utilité pour les ennemis.

comm. Car cela les renforcerait à adorer autre que Dieu le Très Haut.

• 3095. Mais si les (Muslmans) font quand même entrer des choses dans le territoire ennemi, on ne les en empêchera pas, sauf en ce qui concerne les bêtes de guerre (Kur'ân) et les armements. (cf infra III, 303). Nous entendons par les "bêtes": les chevaux, les mulets, les ânes, les chameaux et les bêtes de transport qu'on charge de bagages. Par les "armements" nous entendons tout ce qui est d'origine ferreuse. Car cela renforce les (ennemis) pour combattre les Musulmans, alors qu'on nous a commandé de repousser leurs combats. Nécessairement donc il sera désapprouvé de s'occuper de quelque chose qui les renforce dans leurs combats. En ce qui concerne les bêtes que nous avons nommées, elles transportent les bagages des (ennemis) et les renforcent dans le guerre. L'éléphant est de la même catégorie, car on s'en sert pour les combats et on la charge de fardeaux. A ce propos, il en est du petit comme du grand.

1518 **comm.** * Car le petit va grandir, de sorte qu'on le chargera (de fardeaux) et qu'on le montera pour mener les combats. A noter que toutes les espèces de bêtes ne conviennent pas pour la (guerre); certaines n'ont pas de fécondité (comme les mulets). Il y en a qu'on achète seulement pour la consommation (comme les ovins et les bovins). Donc pas de grief à ce qu'on passe entrer de telles (espèces de bêtes) dans le pays de ces (ennemis), à l'instar du reste des denrées alimentaires.

• 3096. Quant aux esclaves (**sab'y**), femmes, hommes et enfants, il ne faut pas qu'on en fasse entrer quoi que ce soit dans le territoire ennemi, peu importe qu'il s'agisse d'un petit nourrisson ou d'un vieillard sur le point de mourir; et sont égaux aussi ceux qui sont dotés de la puissance résistante et ceux qui ne le sont pas.

comm. Car ils sont devenus ressortissants du territoire islamique. Il ne faut donc pas les faire entrer dans le territoire ennemi, pour les vendre, après qu'ils sont devenus ressortissants de notre territoire.

• 3097. La désapprobation frappe également l'exportation, chez les (ennemis), de toutes les espèces d'armement, petit ou grand, fût-ce une aiguille (**ibra**) ou une grosse aiguille (**misalla**).

comm. Car on s'en renofrce pour combattre les Musulmans.

Il en est de même du fer.

Car il est la base (la matière première) dont on fabrique les armements.

• 3098. Il en est de même aussi de soie pure (**harîr**) et de l'étoffe de soie à dessins (**dîbâj**).

comm. Car on en fabrique des drapeaux (**râya**) et des **silâh** de guerre?).

• 3099. Et il en est de même également de la soie naturelle (**ghazz**) non travaillée.

comm. Car on en confectionne les vêtements militaires (**khaftân**).

• 3100. * Mais s'il s'agit d'un tissu de soie grège (**khazz** (1) **min Ibrisam**), ou d'étoffe fines de soie naturelle (**ghazz**), alors pas de grief à ce qu'on les fasse entrer chez les (ennemis).

comm. Car on ne s'en renforce pas pour les combats. On ne l'emploie que pour le vêtement. Il en est de cela comme des denrées alimentaires.

• 3101. Quant aux carquois de flèches, et aux fourreaux et étuis d'épées, il est désapprouvé d'en exporter quoi que ce soit chez aux.

comm. Car on s'en renforce pour les combats. Bref, dans tout ce qui ne fait pas partie des armements, il faut distinguer: Ce qui est généralement employé autrement que comme armement-et bien qu'on s'en serve parfois comme d'armement-il n'y a pas à faire grief de l'exporter chez les (ennemis). Car le statut légal s'aplique à ce qui est prépondérant, et ce qui est rare ne l'emporte pas sur ce qui est prépondérant.

• 3102. Cependant, si celui qui le fait entrer (chez les ennemis) est un Musulman ou un Dhimmî et qu'on le sache, il faut lui infliger une correction par coups et incarcération.

comm. Car il a commis quelque chose d'interdit, et a voulu faire du tort aux Musulmans, Exception faite du cas d'un ignorant: on excusera celui-ci à cause de son ignorance et on annocera le fait (au public). Car il s'agit de quelque chose de latent et qui, pour la plupart des gens, est douteux (caché). La voie à suivre, ici, est que, la première fois, il faut menacer. Dieu a bien dit (Q. 50/28): "...**J'ai pourtant d'abord envoyé la menace auprès de vous.**" Si le (coupable) récidive, alors il faut appliquer la correction par coups et incarcération.

• 3103. * Pas de grief à ce qu'on exporte chez eux du coton et des tissus. 1519

comm. Car en général, on se vêt de ces choses, et on ne les emploie pas pour les combats. Mais à supposer que chez un ennemi la pratique prépondérante soit de mener les combats dans des vêtements (**khaftan**) remplis de coton, alors il n'est pas licite de faire entrer chez eux quoi que ce soit de cette (commodité).

(2) Ainsi خزأ من dans le Ms de Paris, l'éd. portant: جزأ من

• 3104. Pas de grief à exporter le cuivre jaune (**sufr**), le cuivre (**chabah**) et le plomb (**raşaş**).

comm. Car en général on ne les emploie pas pour (la fabrication) des armements.

• 3105. Mais si la pluprat des armements de tel ennemi proivent de ces (métaux), il ne sera pas licite de les exporter chez lui.

comm. Car on prend en considéreation la pratique de chaque peuplade, pour établir les règles qui se fondent sur ce qui est désapprouvé et ce qui ne l'est pas.

• 3106. Quant au roseau (**qanâ**) et aux flèches de cannes (**nuchchâb min qasab**) non achevées (dépourvues de lance), il n'est pas licite d'en exporter quoi que ce soit chez eux.

comm. Car en général on en fabrique des armements.

• 3107. Il n'est pas licite de faire entrer chez eux des vautours, qu'ils soient vivants ou égorgés, ni non plus leurs plumes.

comm. Car en général on emploie ces (plumes) pour des flèches de différentes sortes (**nuchchâb, nabl**).

1520 • 3108. * Il en est de même des aigles, là où l'on emploie leurs plumes de la même façon. Mais si on s'en sert seulement pour la chasse, alors pas de grief à ce qu'on en exporte chez eux pour la consommation.

comm. Car ce qu'on chasse, au moyen de cet (oiseau), on le mange.

• 3109. De statut légal du faucon (**bâzî**) et du sacre (**şaqr**) est le même.

• 3110. Si un commerçant musulman veut aller chez eux sous sauf-conduit, et s'il est monté sur un cheval et armé mais ne désire pas vendre ces objets aux (ennemis), on ne l'empêchera pas d'y (aller ainsi).

comm. Car un voyageur a besoin d'être accompagné de tels objets, pour ses propres besoins. Donc on ne le lui interdira pas sur le territoire ennemi, pas plus qu'un on ne le lui interdit sur le territoire islamique.

• 3111. Mais ce sera ainsi quand on sait que les ennemis en guerre ne le molesteront pas à propos de ces objets. Et il en sera de même en ce qui concerne tout le reste des bêtes (de transport).

Car un (commerçant ou un touriste) a besoin de charger sur eux ses tissus et autres objets dont il veut faire commerce. Mais si on le soupçonne de vouloir faire de la (contrebande), on lui demandera de jurer qu'il ne les fait pas entrer pour la vente et qu'il ne les vendra pas non plus sur le territoire ennemi jusqu'au retour, sauf en cas de détresse. Et s'il le jure, le soupçon s'évanouit à cause de son serment. On le
1521 laissera donc entrer sur le territoire ennemi. * Mais s'il refuse de jurer, on ne le laissera pas introduire dans le territoire ennemi quoi que ce soit de ces objets. Il en sera de même s'il veut transporter chez eux ses marchandises par mer sur des bateaux.

comm. Car le bateau est employé pour transporter les fardeaux. On s'en sert également parfois pour mener des combats. Donc on lui demandera de jurer par Dieu qu'il ne veut pas le (leur) vendre et qu'il ne le (leur) vendra pas non plus jusqu'au retour, sauf en cas de détresse.

• 3112. Si ce (commerçant) emmène avec lui une jeune esclave ou deux pour son service personnel, on ne l'en empêchera pas, car il en a besoin. En effet on interdit (l'exportation) de ce dont on veut faire commerce. S'il y a un soupçon, on lui commandera de jurer.

En ce qui concerne un Dhimmî (Sujet non-musulman de l'Etat islamique), s'il veut aller chez les (ennemis) sous sauf-conduit, on lui interdira d'emmener avec lui un cheval, ou un poney (**birdhaun**), ou des armements.

comm. Car les apparences veulent qu'il se rende chez eux pour leur vendre (ces objets), au contraire d'un Musulman, car la religion de celui-ci lui interdit de le faire. Quant au (Dhimmî), sa religion ne le lui interdit pas, mais le pousse même à le faire. Excepté le cas où il est bien connu que ce (Dhimmî) a de l'inimitié envers ces (ennemis) et que lui-même est digne de confiance. Dans ce cas, sa situation sera celle d'un Musulman, et on ne l'empêchera pas d'exporter ses marchandises sur des mulets, des ânes, des voitures (ajala) et des bateaux.

Car les apparences montrent qu'il ne transporte pas ces objets chez les (ennemis) pour renforcer ceux-ci contre les Musulmans, mais pour ses besoins personnels. Tout comme il en a besoin pour aller, il en a besoin pour rentrer avec des marchandises.

• 3113. Au contraire, dans le cas des armements et du cheval, les apparences veulent qu'il exporte ces objets pour le commerce et non pour ses besoins personnels.

comm. Car il n'en a pas besoin, et il peut être au large par d'autres moyens.

On lui demandera de jurer même au sujet de ses exportations de mulets, de bateaux et d'esclaves, pour dire qu'il ne veut pas les vendre aux (ennemis) et qu'il ne les (leur) vendra pas non plus jusqu'au retour, sauf en cas de détresse.

* Car il incombe aux Musulmans de prendre leurs précautions à ce propos, 1522
dans toute la mesure du possible.

• 3114. Si un ennemi en guerre, qui se trouve dans notre territoire, veut rentrer sur le territoire ennemi avec quelque chose de ce dont nous venons de parler, (1) on l'en empêchera.

comm. Car il fait partie des ressortissants de ce territoire-là et il s'y rend pour rester chez eux. Il devient donc belligerant vis-à-vis des Musulmans, comme n'importe quel autre (ressortissant ennemi) Par conséquent, il se renforcera de ce qu'il fera entrer, pour combattre les Musulmans. Voilà pourquoi on l'en empêchera.

---

(1) Il s'agit de nouvelles requisitions et non de ce qu'il a fait venir avec lui.

• 3115. Exception faite toutefois du cas où cet (ennemi) aurait loué à un Musulman ou à un Dhimmî des bateaux ou des bêtes de transport: alors la situation du locateur-faisant entrer ces objets pour le bénéfice de l'ennemi en guerre-est comme celle de celui qui les fait entrer pour ses propres besoins. Les apparences veulent que ce (locateur-propriétaire du bateau) cherche ainsi à être payé de la location et qu'il ramène ce qu'il fait entrer. Donc on ne l'en empêchera pas. A supposer que, si un commerçant faisait entrer quelque chose de ce genre chez les ennemis en guerre, ceux-ci ne le laisseraient pas ramener ces choses, mais qu'ils lui en donneraient le prix, alors on empêchera ce Musulman ou ce Dhimmî, de faire entrer chez eux des chevaux, des armements et des esclaves, mais on ne l'empêchera pas de faire entrer des mulets, des ânes, des boeufs et des chameaux, étant donné qu'on en a besoin indispensablement. En effet parfois on n'a pas la force de marcher à pied, et il ne lui est pas possible de porter ses bagages sur son épaule. Certes quand la nécessité pressante se réalise (=se concrétise), on le dégage de cette interdiction. Mais une telle nécessité ne se réalise (présente) pas quant aux chevaux et aux armements.

1523 **comm.** * Car le même but peut être atteint par d'autres moyens; et il ne cherche [1] par ces objets (cheval etc.) que de pompe et de luxe, ou d'un excès de précaution.

• 3116. En outre, on empêchera cet (ennemi) de faire entrer (sur le territoire ennemi) des bêtes de transport [2] qu'il aurait chargées de ses bagages en marchandises.

comm. Car ici la nécessité pressante ne se réalise (ne se présente) pas; elle se réalise au sujet de la bête qu'il doit monter en personne, car il périrait s'il ne la montait pas. Quant à ses bagages en marchandises, il lui est possible de les porter avec lui sur sa monture et d'y charger ceux [3] des (objets) qui n'ont ni fardeau ni inconvénient. En effet le but de la permission à lui donnée pour entrer chez les (Musulmans) était que les Musulmans profitent de ce qu'il amènerait avec lui, et non que les ennemis en guerre profitent de ce qu'il ferait entrer (chez eux).

• 3117. Dem même on ne l'empêchera pas de faire entrer un seul bateau où il s'est embarqué et où sont ses bagages.

comm. Car il s'agit de quelque chose d'indispensable.

• 3118. Donc s'il veut faire entrer avec lui un autre (bateau), on l'en empêchera.

comm. Car il n'y a là aucune nécessité. Mais tout cela est à titre d'équité; car pour ce qui est de la déduction analogique, elle empêcherait tout cela, étant donné qu'il y a là une force, pour les ennemis en gurerre, pour combattre les Musulmans. La Loi (stricte) ne le permet pas.

---

(1) Ainsi يبتغى dans le MS de Paris, l'éd. portant: ينتفى
(2) Il sagit d'acqusitions sur le territoire musulman, voir plus bas.
(3) Ainsi منها dans le MS de Paris. l'éd. portant: فيها

• 3119. On ne lui donnera pas non plus la possiblité de faire entrer chez eux un serviteur, dans ces conditions, que ce soit un Muslman ou un non-Musulman.

comm. * Car il n'y a là aucun nécessité pressante; car on ne cherche dans un (serviteur) que la pompe et le luxe. En oture, la raison d'empêcher un ressortissant du territoire islamique (d'être transféré en territoire ennemi) est plus manifeste que la raison qui empêche de transférer un cheval ou des armements.

• 3120. Si un ennemi en guerre entre chez nous sous sauf-conduit, accompagné de bêtes et d'armenents et d'esclaves, on ne l'empêchera pas de ramener ce avec qui il est venu.

comm. Car nous lui avons octroyé le sauf-conduit pour sa personne ainsi que pour ce qui se trouvait avec lui. Donc tout comme on ne peut ainsi que pour ce qui se trouvait ave lui. Donc tout comme on ne peut pas l'empêcher en personne de rentrer dans le territoire ennemi, en honorant le sauf-conduit (à lui octroyé), on ne peut pas l'empêcher de ramener ce avec quoi il est venu. La raison en est que l'instrument de combat n'est pas plus puissant que l'homme combattant.

Si cet (étaranger) vend tout cela (= armements, bêtes), puis achète, avec le prix des bêtes, quelques armements ou des esclaves et que ses achats soient semblables à ce qu'il avait ou supérieurs, ou s'il rachète ce qui lui appartenait (et qu'il a vendu), on ne le laissera pas introduire ces objets dans le territoire ennemi, mais on l'obligera à les vendre (à des ressortissants musulmans).

comm. Car le sauf-conduit ne lui donne pas droit à faire entrer de tels objets avec lui dans le territoire ennemi. Et le droit qu'il avait sur les anciens objets est tombé, du fait d'une incidence du territoire, quand il les a fait sortir de son titre de propriété (par la vente). Voilà pourquoi c'est ainsi.

• 3121. A supposer qu'il ait fait entrer des dirhams et qu'il s'en serve pour acheter ces objets, c'est pareil. Il en sera également de même s'il achète quelque chose qu'il avait lui-même vendu, ou s'il désire rescinder la vente-et que son partenaire accepte de la rescinder, peu importe que ce soit avant d'avoir déjà pris possession ou non-ou encore si l'acheteur lui rend la marchandise, sur la base du "choix à vue" (c.-à-d. qu'ayant acheté sans avoir vu, il s'est réservé le droit de rendre si l'objet ne lui plaisait pas quand il le verrait), ou sur la base du "choix pour une condition" que l'acheteur se serait réservée.

comm. * Car dans un tel cas, l'objet est sorti du titre de propriété de cet 1524
ennemi et est devenu la propriété du Musulman, au point que c'est le Musulman qui a le plus de droit à en disposer. Donc le droit qu'avait cet ennemi de le ramener dans le territoire ennemi tombe, et l'objet fait partie de ce qui était la propriété d'origine de ce Musulman et que celui-ci vend à l'ennemi en question.

• 3122. A supposer que le "choix sous condition" ait été réservé à cet ennemi, puis que la vente soit rompue à cause de ce choix, alors l'ennemi aura le droit de ramener cet objet dans son territoire.

comm. Car l'objet n'a pas, par cette vente, quitté le titre de propriété de cet (ennemi), vu que celui-ci s'est réservé le "choix sous condition"; au contraire il a plus de droit à le garder et à en disposer. Donc il lui restera (en sa propriété), eu égard ou droit qu'il avait de le ramener (chez lui), droit qui était établi en sa faveur avant la vente.

• 3123. De même si la vente a été vicieuse, puis que la vente soit rompue avant la prise de possession, la réponse sera la même.

comm. Car la chose n'a pas, par une simple vente vicieuse, quitté son titre de propriété.

• 3124. Supposons que, dans ce cas, l'acheteur (musulman) ait pris possession de l'objet; il faut distinguer: S'il s'agit d'une vente par laquelle l'achateur devient propriétaire (1) de la marchandise avant même d'en avoir pris possession-de sorte que s'il s'agissait d'un esclave et si l'acheteur l'émancipait, cette émancipation serait exécutoire-on ne laissera pas l'ennemi (vendeur) ramener cet objet dans le territoire ennemi;-

comm. Car le Musulman en est devenu propriétaire vis-à-vis de cet (ennemi-vendeur); et cela fait tomber le droit qu'avait ce dernier de le ramener dans son territoire;-

• 3125. Mais s'il s'agit d'une vente où l'on ne devient pas propriétaire après(2) la prise de possession- par exemple si l'(ennemi) a vendu quelque chose contre certaine quantité de sang ou contre un cadavre -alors l'ennemi a la faculté de ramener dans le territoire ennemi ce (qu'il avait vendu).

comm. Car ce droit subsiste en sa faveur, du fait que subsiste son titre de propriété.

1525 * Si l'ennemi en guerre (venu sous sauf-conduit) échange son épée contre un cheval et s'il veut le faire entrer dans le territoire ennemi, alors le principe de base dans de telle question est le suivant: Si quelqu'un échange un outil de guerre contre un autre mais d'un autre genre, on ne lui donnera pas la possibilité de le faire entrer sur le territoire ennemi, mais on l'obligera à le vendre. Il est égal que ce qu'il a obtenu soit meilleur ou pire que ce qu'il avait lui même à l'origine.

Car le sauf-conduit ne lui octroie pas le droit de faire entrer un tel objet sur le territoire ennemi; on l'obligera donc à le vendre (à un ressortissant musulman). Une autre raison en est que parfois il arrive que le genre d'objet qu'il (nous) donne se trouve en abondance dans leur territoire, et que l'autre genre d'objet soit rare et ne se trouve pas (chez eux), et que cet homme cherche à en acquerir pour le bénéfice des (ennemis) afin qu'ils se renforcent par là pour combattre les Musulmans.

---

(1) Ainsi بيعا يملك dans le MS de Paris, l'éd. portant: تبعا يملك
(2) De même dans le MS de Paris: ويعد l'éd. portant: بعض

• 3126. Mais si la chose importée et échangée est du même genre que sa contrevaleur, il faut distinguer: Si cette (contrevaleur) est equivalente à ce que l'(ennemi) a apporté, ou même inférieure à ce qu'il a apporté, on ne l'empêchera pas de la faire entrer sur son territoire, mais si elle est meilleure que ce qu'il a importé, on l'en empêchera.

comm. Car le sauf -conduit lui a donné le droit de ramener avec lui ce genre de chose dans son territoire. En principe, ce qu'on prend en considération (pour le permis) est la chose obtenue en échange, et si elle est utile (pour l'ennemi). Si elle n'est pas utile, tant pis pour lui. Donc dans ce genre de chose, ce qui est reconnu c'est l'original qu'il a amené ou quelque chose de semblable, les deux sont égaux (à nos yeux). Mais si cette (contrevaleur) est meilleure que l'original (vendu), cela vaut dire que cet (ennemi) cherche, par ce surplus d'utilité, à faire du tort aux Musulmans; donc on l'en empêchera. Il est donc indispensable que le droit d'empêcher s'établisse par égard à ce surplus d'utilité, lequel est inséparable de l'objet. Donc l'empêchement s'établit à propos du tout. Cela à l'instar de la chose livrée à titre de don: s'il s'y trouve un surplus (par le fait du bénéficiaire du don) et inséparable de la chose, le donateur n'aura pas la faculté de la reprendre, étant donné qu'il ne peut pas reprendre ce surplus (sans la chose). Voilà pourquoi en empêchera l'ennemi en question de ramener cette (meilleure contrevaleur) dans la territoire ennemi, et pourquoi on l'obligera à la vendre (à un ressortissant musulman).

• 3127. A supposer qu'il ait fait échanger de cet objet contre quelque chose d'équivalent, puis que les deux contranctants rescindent la vente, alors l'ennemi a la faculté de rentrer dans son territoire avec ce qu'il a importé

comm. Car il s'agit de l'original de son armement, ou tout au moins de l'équivalent de l'original que, par cette rescision, il a fait sortir du titre de propriété de l'autre.

• 3128 Supposons qu'il ait échangé son objet contre quelque chose de meilleur ou d'inférieur, puis que les deux hommes rescindent la vente, l'(ennemi) n'aura pas la faculté de ramener la chose dans son territoire, dans aucun des deux cas. Si l'original est meilleur que la contrevaleur, alors la rescision est, pour les gens autres que les deux parties contranctantes, comme une vente **ab initio.** Donc pour la loi, ce sera comme si l'(ennemi) avait acheté **ab initio** cet outil de guerre;-

comm. Il en est ainsi parce que la première disposition qu'il a prise a fait tomber son droit et l'empêche de faire entrer dans le territoire ennemi le chose qu'il vient d'obtenir. Le droit (une fois tombé) ne revient pas par la rescision (du contrat);-

• 3129. Mais si l'original contre quoi il a fait cet échange est de moindre * 1526
valeur que sa (contrevaleur), cette rescision est, aux yeux de la Loi, comme une vente **ab initio.** Or dans cette rescision il a échangé ses mauvais armements contre des armements meilleurs. On ne lui donnera donc pas lu possibilité de les faire entrer dans le territoire ennemi.

comm. Le statut légal de l'échange contre des bêtes est comme celui qu'on fait contre des armements, en ce qui concerne le genre et la différence, dans tous les apcets de la question que nous avons mentionnés.

• S'il a échangé son âne contre une ânesse, ou son cheval contre une jument, on l'emêchera de la faire enter dans le territoire ennemi, même si la chose obtenue est inférieure en valeur à celle qu'il a importée (chez nous).

comm. Car dans cet (échange) il y a une utilité, celle da la progéniture; tandis que cette utilité n'existe pas dans ce qu'il a livré comme contrevaleur.

Il se peut qu'il ait voulu par cet échange obtenir cette utilité-là; on l'en empêchera donc, tout comme on l'empêchait, dans le cas de la différence des genres (des deux contrevaleurs de l'échange).

• 3130. Mais s'il donne un mulet en échange d'une muleé, cette dernière étant semblabla à ce qu'il donne, ou même inférieure, on ne l'empêchera pas de la faire entrer dans le territoire ennemi

comm. Car cette bête n'a pas de fécondité, et n'a absolument pas de progéniture.

• 3131. S'il donne sa bête femelle (**nâdiyân,** jument?) en échange d'un mâle on l'empêchera de le faire entrer dans le territoire ennemi.

comm. Car ce qu'il obtient fait partie des bêtes fécondes, et cette utlité est inexistante dans ce qu'il donne (en échange).(1)

• 3132. S'il donne son cheval pour l'échanger contre un poney, ou son poney pour l'echanger contre un cheval, on l'empêchera de le faire entrer dans le territoire ennemi.

comm. Car dans chaque catégorie il y a une utilité qui ne se trouve pas dans l'autre, étant donné que le poney (**birdhaun**) est plus doux à manoeuvrer et plus endurant aux combats, tandis que le cheval est plus fort dans la poursuite et la fuite. Les apparences veulent que (l'ennemi) cherche cet échange à obtenir une utilité qui manquait à ses (compatriotes).

1527 • 3133. * S'il donne une jument contre une autre jument qui est moins rapide mais qui est plus solide et dont on espère encore de la progéniture, on l'empêchera de la faire entrer dans leur territoire (=des ennemis).

comm. Car dans ce qu'il obtient, il y a une certaine utilité qui ne se trouve pas dans ce qu'il donne en échange. Le résultat de cette discussion est qu'après la conclusion de l'échange, on obligera l'(ennemi) à vendre (à un ressortissant musulman) ce qu'il a obtenu, sauf quand il est certain que ce (qu'il a obtenu) est, dans tous les aspects de l'utilité, équivalent ou inférieur à ce qu'il a donné. En effet il

---

(1) Il faut peut-être renverser les propositions et dire: donner un mâle contre une femelle. Sans doute **lapsus calami**. Ou il faut expliquer que: le mâle est utile pour féconder les juments et que l'ennemi en a besoin.

est obligatoire de prendre des précautions dans de tels cas. Or la précaution s'accomplit par ce que nous venons de dire.

• 3134. En ce qui concerne les esclaves, il est égal qu'il échange les siens contre des esclaves d'une autre catégorie ou de la même catégorie (de sexe, de race), et de même, s'il les échange contre de semblables à ceux qu'il donne, ou inférieurs ou supérieurs: n'importe comment on l'empêchera de les faire entrer sur le territoire ennemi, et on l'obligera à les vendre (à un ressortissant musulman).

comm. Car l'esclave qu'il obtient fait partie des ressortissants de notre territoire, que ce soit un Musulman ou un Dhimmî; et il est interdit à un ennemi venu sous sauf-conduit de perpétuer son titre de propriéte sur quelqu'un de notre territoire, en quelque circonstance que ce soit, au contraire du cas précédent concernant les bêtes et les armements. Etre ressortissant de notre territoire est une qualité qui s'applique seulement aux êtres humains, et non aux minéraux ou au reste des animaux, (bêtes). C'est pourquoi notre réponse a été, dans ce cas-là (des êtres non humains) fondée sur l'utilité plus grande de la marchandise.

• 3135. A supposer que deux voyageurs byzantins viennent chez nous sous sauf-conduit, l'un possédant un esclave et l'autre des armements, puis qu'ils échangent l'esclave contre les armements, ou même que chacun vende à son camarade la marcahandise qu'il a, contre des dirhams, on n'empêchera aucun d'eux de faire entrer dans le territoire ennemi ce qu'il a obtenu pour lui-même (de ces objets de contrebande de guerre).

comm. Car dans cette disposition, l'acheteur tient la place du vendeur, pour ce qu'il obtient. Et puis que le vendeur avait la faculté de ramener sa marchandise dans le territoire ennemi, celui qui l'a achetée de ce (vendeur) aura la même faculté.

• 3136. * Mais si l'un des deux (contractants byzantins) de cet échange a 1528
comme partenaire un musulman ou un Dhimmî (**ma'ahad**), l'ennemi en guerre n'aura la faculté de faire entrer dans le territoire ennemi rien de ce (qu'il a obtenu en échange).

comm. Car son partenaire est un Musulman, et il lui est interdit de faire entrer sa propre part (de l'échange) dans le territoire ennemi jusqu'à ce que la part du musulman aussi puisse (y) entrer. Or il n'est pas possible que la part du Musulman entre dans le territoire ennemi. Il est nécessaire par conséquent qu'on empêche aussi l'ennemi d'y faire entrer sa part (de marchandise). Donc on l'obligera à vendre sa part à un Musulman ou à un Dhimmî, sauf quand il s'agit d'objets qui sont susceptiables de partage-par exemple des flèches avec lance (**sahm**) et des flèches sans lance (**nuchchâb**)- alors l'ennemi aura la faculté de demander à son partenaire de procéder au partage. Après ce partage, l'ennemi pourra faire entrer sa part dans le territoire ennemi. Il en est ainsi soit parce que le partage, dans ce cas, est comme une chose qui concernerait seulement l'ennemi, et alors c'est lui qui obtiendra propriété au moyen du contrat, donc il pourra faire entrer dans le territoire ennemi ce qu'il a obtenu comme s'il avait échangé tout seul; soit parce que ce partage a le sens d'une compensation, et donc le Musulman lui remettra la moitié de ce dont il a

obtenu la propriété au moyen d'une contrevaleur semblable des biens de l'autre. Et nous avons déjà mentionné qu'un échange de choses semblables n'empêche pas l'ennemi de faire entrer dans le territoire ennemi ce qui lui revient (pour sa part d'échange).

• 3137. A supposer que le partage ne tienne pas sans qu'un des deux partenaires y ajoute quelques dirhams. Il faut distinguer: Si c'est le Musulman qui verse des dirhams à l'ennemi, On n'empêchera pas ce dernier le ramener avec lui en territoire ennemi ce qui lui revient;-

comm. Car par les dirhams que lui verse son partenaire, l'ennemi devient vendeur d'une partie de sa part; cela ne l'empêche pas de ramener sur le territoire ennemi ce qui lui revient (= reste) en titre de propriété;-

1529 • 3138. * Mais si c'est l'ennemi qui verse des dirhams, on l'empêchera de (ramener sa part en territoire ennemi).

comm. Car, par les dirhams qu'il verse au Musulman, il devient comme l'acheteur d'une partie de ce qui revient à celui-ci. En outre, si l'ennemi verse les dirhams, il obtient des armements meilleurs que ceux qu'il possédait par l'achat (c'est-à-dire que, grâce aux dirhams, il a augmenté en quantité sa part d'armements). Donc ce sera comme s'il échangeait ses armements contre ceux du Musulman, qui sont meilleurs que les siens. Certes, si l'(ennemi) obtient des dirhams, et si, par cet échange, il obtient des armements qui sont moins bons que ses armements (d'origine), l'espèce restant la même, alors on ne l'empêchera pas de les faire entrer dans le territoire ennemi.

En ce qui concerne les bêtes, si elles sont susceptibles de partage, on les traitera comme les flèches à lance et les flèches sans lance,

Pour lesquelles, en effet, le partage en parts est possible.

• 3139. Si un ennemi, accompagné de son partenaire musulman, achète à un autre ennemi quelques esclaves, puis que les deux (partenaires) se les partagent, alors dans ce cas l'ennemi n'aura pas la faculté de ramener en territoire ennemi ce qui lui revient, et cela dans tous les différents cas (cités plus haut).

comm. Pour Abû Hanîfa, (il en est ainsi) parce que les esclaves ne sont pas susceptibles de partage. Mais de l'avis des Deux Disciples (Abû Yûsuf et Chaibânî), c'est ainsi parce que, bien qu'on puisse partager les esclaves, avant le partage chaque esclave appartenait, moitié moitié, aux deux (acheteurs-partenaires) et, par conséquent, chaque esclave est devenu un Dhimmî (sujet de l'Etat musulman), vu que la moitié du titre de propriété, en lui, appartient à un musulman ou à un Dhimmî (le partenaire de l'ennemi venu sous sauf-conduit). Or nous avons déjà mentionné qu'un ennemi n'a pas la faculté de faire entrer dans le territoire ennemi quelqu'un qui fait partie des ressortissants de notre territoire.

• 3140. (Chaibânî) poursuit: Si un ennemi en guerre, d'entre les Byzantins, amène chez nous des bêtes, des armements ou des esclaves et veut les faire entrer

dans le territoire des Turcs, des Dailam ou autres ennemis, en Musulmans, en vue de les leur vendre, on l'en empêchera.

comm. Car, s'il veut les faire entrer dans leur territoire, cela revient au même que si un Musulman ou un Dhimmî voulait faire entrer quelque chose de ce genre dans leur territoire. Nous avons déjà mentionné qu'on l'en empêcherait.

• 3141. Un ennemi (ici, le Byzantin) est pareil (à un Musulman, à ce propos).

comm. Il en est ainsi parce que, par le contrat de sauf-conduit, il a le droit de ramener cette (marchandise) s'il le veut, dans son propre territoire. C'est le seul point où il diffère d'un Musulman ou d'un Dhimmî. Mais faire entrer cette (marchandise) dans un autre territoire il n'en obtient pas le droit au moyen du contrat (ordinaire) de sauf-conduit. En cela il est comme un Musulman ou un Dhimmî (**mu'âhad**). En outre, s'il amène ces choses dans un autre territoire belligérant, c'est qu'il veut ainsi renforcer ces (autres ennemis) pour nous combattre. On l'en empêchera donc. Ce sens n'existe pas s'il les ramène dans son propre territoire.

• 3142. Il en sera de même si ce (Byzantin) veut faire entrer cette (marchandise) dans un territoire qui est ennemi aux (Byzantins) mais sous traité de trêve avec les Musulmans.

comm. Car ces (amis des Musulmans) sont **de jure** des ennemis en guerre, même s'ils ont abandonné les combats pour quelque temps à cause du traité de trêve (**muwâda'a**). Ne vois-tu pas que si un Musulman voulait exporter quelque chose de ce genre chez ces (amis), on l'en empêcherait?

• 3143. Mais si cet (ennemis sous sauf-conduit) veut faire entrer cette (marchandise) dans un territoire dont les habitants sont des Dhimmîs pour les Musulmans, alors on ne l'en empêchera pas.

comm. * Car cette région fait partie du territoire islamique, et on n'en 1530
empêche pas un ennemi jouissant du sauf-conduit sur notre territoire d'y mener le commerce, en quelque coin (=région) qu'il veuille.

• 3144. Des deux (étrangers) venus chez (1) nous sous sauf-conduit, si l'un est Byzantin et l'autre Turc, et si l'un est accompagné d'esclaves tandis que l'autre a des bêtes ou des armements et que chacun des deux achète les commodités de son camarade contre des dirhams, on ne laissera aucun d'eux faire sortir vers son territoire ce qu'il a acheté.

comm. Car chaque acheteur tient la place du vendeur de ces (commodités), et nous avons déjà mentionné qu'on interdit à chacun de ces deux (étrangers) de faire entrer son (achat) dans le territoire d'où il vient lui-même. Cela au contraire du cas où les deux hommes seraient du même territoire et où l'un obtiendrait les (commodités) de l'autre. Cette (interdiction dans le cas des étrangers d'origines différentes) vient du fait que le but de chacun, par cette disposition, est de renforcer

(1) Il convient de lire (فينا) : l'éd. portant: (فيما), et le MS de Paris: (فيها)

contre nous les ressortissants de son territoire, vu qu'il y fait entrer des armements d'un genre autre que celui qu'il en a fait sortir. Sur ce point, il n'y a pas de différence entre le cas où son échange se fait avec[1] un Musulman ou avec un étranger venu d'un autre pays que le sien.

• 3145. Si les deux (étrangers d'origines différents) échangent des bêtes contre des bêtes de qualité [2] semblable, ou même des armements contre des armements de qualité [3] semblable, alors chacun aura la faculté de faire entrer dans son territoire ce qu'il a obtenu.

comm. Car il s'agit d'un échange tel que s'il avait eu lieu entre lui et un musulman, on ne l'aurait pas empêché de faire entrer dans son territoire ce qu'il a obtenu.

1531 • 3146. * Il en sera de même si cela a lieu avec un ennemi venu sous sauf-conduit. Mais à supposer que, parmi les commodités ainsi échangées, l'une soit meilleure que l'autre, alors celui qui a obtenu la moins bonne [4] des deux aura la faculté de faire entrer dans le territoire ennemi ce qu'il a abtenu; mais celui qui a obtenu la meilleure des deux n'en aura pas la faculté; au contraire, on l'obligera à la vendre (à un ressortissant musulman), comme si cet échange avait eu lieu entre un ennemi venu sous sauf-conduit en un Musulman.

De même, dans le cas où quelqu'un rend la marchandise sur la base du "choix à vue" de la marchandise, ou du "choix sous réserve" d'une condition, ou parce qu'il y a un défaut dans la marchandise, ce sera comme si cet échange avait eu lieu entre lui et un Musulman, et cela dans tous les différents cas que nous avons mentionnés. Contraire serait le cas où les deux (étrangers) échangeraient un esclave contre un autre esclave-que les deux esclaves soient équivalents, ou que l'un soit meilleur que l'autre-car dans ce cas, on ne considère pas l'échange survenu entre ces deux (étrangers) comme l'échange survenu entre un Musulman et un étranger jouissant du sauf-conduit, ou[5] (entre ce dernier et) un Dhimmî (**mu'âhad**).

comm. Car dans ce cas-là, la commodité (ici, l'esclave) qui sort du titre de propriété d'un Musulman ou d'un Dhimmî (**mu'âhad**) fait partie des ressortissants de notre territoire, et la commodité (ici, l'esclave) qui entre dans le titre de propriété de ce (Musulman ou Dhimmî) devient le ressortissant de notre territoire, (et une telle transaction est interdite). Ici dans le cas présent, la commodité (= esclave) qui sort du titre de propriété de l'un des deux (étrangers) pour entrer dans le titre de protpriété de l'autre ne faisait pas partie des ressortissants de notre territoire. Voilà pourquoi nous avons dit que s'il y a complète équivalence entre (les deux commodités éychangées), on n'empêchera aucun des deux (étrangers d'origines

(1)Coquille dans l'éd. où un passage précédent s'est répété, à savoir من أهل دار واحدة وهذا لان قصد كل واحد منهما Nous suivons le MS. de Paris.

(2-3) Peut -être faut-il lire ainsi صفة , l'éd. portant. ضيعة et le MS de Paris: ضيفة

(4) Ainsi أنفسهما dans le MS de Paris, l'éd. portant: أحسنهما

(5) Ainsi (او) dans le MS de Paris, l'éd. portant: و

différents) de faire entrer dans son territoire ce qu'il a a obtenu. Mais si l'un des deux (esclaves) est meilleur que l'autre, alors on n'emêchera pas celui qui a obtenu le moins bon [1] des deux (esclaves) de l'amener dans son territoire, mais on empêchera celui qui a obtenu le meilleur des deux (esclaves) de le faire, eu égard à la plus-value intrisèque qu'il y a dans l'(esclave) qu'il a obtenu.

• 3147. Si ces mêmes deux hommes ont échangé un esclave contre une esclave, aucun n'aura la faculté de faire entrer dans son territoire ce qu'il a obtenu.

comm. Car la différence de masculin au féminin, au sein des humains, est comme la différence des genres entre les commodités, au point que si quelqu'un achète un esclave, sur la présomption qu'il s'agit d'un mâle et voilà que c'est une femelle, alors la vente sera nulle et non avenue. Une autre raison en est que les utilités de chaque espèce (ici, sexe) sont différentes de celles de l'autre, étant donné que de la jeune esclave on recherche la progéniture, tandis que l'esclave mâle est recherché pour faire la guerre. Voilà pourquoi on empêchera chacun de ces deux (étrangers d'origines différentes) de faire entrer dans son territoire ce qu'il a obtenu par cette transaction. Et Dieu le Très-Haut sait mieux.

* Chapitre (156) 1532
DE LA RANÇON

• 3148. Ainsi parle (Chaibânî): Pas de grief à ce qu'on paye la rançon (=échange) de prisonniers musulmans au moyen de prisoniers mécréants (ennemis) qui se trouvent en la main des Musulmans, que ces prisonniers soient hommes ou femmes.

comm. C'est là l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî. Selon la plus connue des narrations, c'est aussi l'avis d'Abû Hanîfa; mais selon une autre narration, celui-ci dit qu'il n'est pas licite de donner en rançon un prisonnier contre un prisonnier. Pour la plus connue des narrations (c.-à-d. pour autoriser l'échange), on raisonne sur le fait que la libération des prisonniers musulmans se trouvant en la main des mécréants est un devoir obligatoire (pour les Musulmans), et cela n'est praticable (dans le cas présent) que par voie de rançon mutuelle. Or cette disposition n'est pas pire (litt. plus grande) que celle de renoncer à la mise à mort des prisonniers mécréants (ennemis). On sait que ce (renoncement) est licite quand il y va de l'utilité des Musulmans. Ne vois-tu pas que le chef de l'Etat musulman a la faculté de les réduire en esclavage? Or l'utilité de la libération des prisonniers musulmans de la main des (ennemis) est plus évidente. Ce que nous avons dit est appuyé par le récit que fait 'Imrân Ibn al-Huṣain, qui dit que le Prophète paya la rançon de deux hommes musulmans au moyen d'un homme mécréant de la tribu des Banu 'Uqail.

Et l'argument en faveur de l'autre narration de l'avis d'Abû Hanîfa (pour

(1) Ainsi (أخسهما) dans le MS de Paris, l'éd. portant: أحسهما

interdire l'échange) est cette parole de Dieu (Q. 9/5): ".... **alors tuez ces faiseurs de dieux, où que vous les trouviez...**" Mais si on les donnait en rançon mutuelle, ce serait renoncer à leur mise à mort, chose qui est un devoir (selon ce verset). Or tant qu'il y a possibilité d'établir un devoir, il n'est pas licite de renoncer à ce devoir. L'explication en est la suivante: Les prisonniers (ennemis) en nos mains sont en effet en état de dominés, donc ils font partie des resortissants de notre territoire. Si on les donnait en rançon, ce serait comme si on livrait des Dhimmîs en échange (de prisonniers), chose qui n'est pas licite si les Dhimmîs n'y agréent pas. En outre si l'on s'abstenait de cette rançon mutuelle (=échange de prisonniers), il n'y aurait pas plus de danger pour les prisonniers musulmans. Pour cette raison, il n'est pas licite-(disent ceux qui interdisent l'échange)- de les laisser rentrer et devenir belligérants contre nous.

Ne vois-tu pas ceci? La Lutte est impossée aux Musulmans pour que par elle ils parviennent à la mise à mort des mécréants, bien qu'il y ait quelque crainte pour les presonnes et les biens des Musulmans. (Mais cet avis n'est pas retenu).

suite. Si les prisonniers (ennemis) embrassent l'Islam avant qu'on les livre en rançon, alors il ne sera plus licite, après cela, de les livrer en rançon.

comm. Car ils sont devenus comme les autres Musulmans, et il n'est pas licite de les induire en tentation par la voie du rançonnement mutuel.

• 3149. De même (pas de grief à ce qu'on livre en rançon) des enfants de mécréants, quand on en a fait prisonniers en compagnie de leurs pères et mères.

comm. Car ils suivent leurs parents, et ne deviennent pas automatiquement Musulmans même s'ils sont ramenés sur notre territoire.

• 3150. Mais si l'on a capturé l'enfant tout seul et qu'on l'ait ramené sur le territoire islamique, alors il n'est pas licite de le livrer ensuite en rançon mutuelle.

comm. Car, **de jure,** il est devenu Musulman, suivant le territoire.

• 3151. Il en sera de même si les butins sont partagés sur le territoire ennemi et que l'(enfants) tombe dans la quote-part de quelqu'un -ou même si les butins sont vendus (et que quelqu'un achète cet enfant)-alors, **de jure,** l'enfant devient
1533 Musulman, suivant, la personne dont le titre de propriété a été déterminé en lui, * soit par le partage du butin soit par l'achat (du butin) sur le territoire ennemi. Cela au point que si cet enfant meurt, il faut célébrer pour lui l'office funéraire islamique. Cela précise que si l'esclave est un adulte, il sera licite de le livrer en rançon mutuelle (=éhange de prisonniers), même après le partage ou la vente.

comm. Mais c'est là l'avis de Chaibânî. Quant à Abû Yûsuf, selon lui il n'est pas licite de livrer cet esclave (en échange)-car par le partage-et la vente aussi-le titre de propriété d'un Musulman a été déterminé en lui, et cet esclave est devenu un Dhimmî; donc il n'est pas licite dans ce cas de le livrer en rançon mutuelle. Quant à Chaibânî, il autorise cela perce que la raison pour laquelle nous avons déclaré licite la livraison de cet (esclave) en rançon mutuelle avant le partage et la vente subsiste

après l'un et l'autre (après le partage et la vente), à savoir qu'il est obligatiore de libérer les Musulmans des mains des mécréants. En outre, le partage et la vente déterminent en ces (prisonniers ennemis) la qualité de choses (**litt.** valeurs), et c'est un signe de désavantage, et non d'avantage.

Ne vois-tu pas qu'il est licite de payer la rançon de prisonniers musulmans au moyen de biens? Donc la qualité de choses (**litt.** valeurs) se détermine en ces (esclaves) par le partage comme par la vente, et cela n'empêche pas la licéité de les livrer en rançon mutuelle.

On se fonde ici sur le récit fait par 'Imrân ibn al-Huşain qui dit que le Prophète accepta la rançon (le rachat) des prisonniers des Banu'l-Mustaliq, le jour d'al-Muraisî,(1) après qu'on les avait distribués selon les quotes-parts propres aux butins.

Quant à la rançon des prisonniers mécréants (en nos mains), au moyen de biens, elle n'est pas licite, selon l avis des savants de notre école (hanafite).

Car tuer les mécréants, après qu'on les a dominés, -à moins qu'ils embrassent l'Islam, est un devoir, à cause de cette parole de Dieu (Q. 9/5): "... **alors tuez ces faiseurs de dieux...**"

• 3152. Et si l'on acceptait la rançon (rachat) au moyen de biens, ce serait négliger ce devoir, par avidité pour les biens d'Ici-bas, chose qui n'est pas licite, car Dieu dit (Q. _/67): "**Il n'est pas d'un prophète de faire des prisonniers avant d'avoir prévalu sur le terrain; vous voulez les biens d'ici-bas, tandis que Dieu veut l'au-delà...**" Ce verset fut révélé le jour de la bataille de Badr, quand le Prophète penchait pour l'avis d'Abû Bakr qui conseillait de libérer les prisonniers contre une rançon en biens. On rapporte qu'Abû Bakr regretta toujours d'avoir donné ce conseil, car il est rapporté que, de son temps (comme calife) on fit prisonnier un Byzantin, et qu'on voulut le racheter, mais Abû Bakr de dire: "Mettez-le à mort, car la mise à mort d'un seul des mécréants m'est plus chère que tant et tant de biens". Selon une autre version, Abû Bakr dit alors: "N'acceptez pas de rançon de sa part, même si on vous en donne deux **mudd**(2) d'or". En outre, on nous a commandé de lutter pour le renforcement de la Religion. Or si l'on acceptait la rançon d'un prisonnier au moyen de biens, cela monterait que nous combattons les (mécréants) pour gagner des biens. Quant à la parole de Dieu (Q. 47/4): "....**ensuite, soit libération gratuite, soit rançon....**", nous avons déjà mentionné qu'elle avait été abrogée par cette autre parole de Dieu (9/5): "...**alors tuez les faiseurs de dieux....**" Quant à la parole de Dieu (6/68): "**N'était qu'une prescription de Dieu eût pris les devants, un énorme châtiment vous aurait touchés pour ce que vous avez pris (à titre de rançon)**"; cela veut dire: Si je ne vous avais pas rendu licites les butins, un énorme châtiment vous aurait touché pour ce que vous avez pris (à titre de rançon). C'est cette interprétation qu'indique cette parole de Dieu qui y fait suite

(1) Cf Hamidullah, **op.cit.** I, 157. (Les faits cités ici difrèrent de ce que racontent les autres chroniqueurs.)

(2) Un **mudd** est égal à environ deux kilogrammes

(8/69): "**Mangez donc, de ce qui vous est échu en butin, le licite, le pur**..." Si l'on
1534 entend par là la licéité de la libération sur rançon, alors * elle est abrogée par la révélation de cette autre parole de Dieu (9/5): "...**alors tuez les faiseurs de dieux**...", étant donné que le sourate du "Désaveu" (chapitre 8 du Qur'ân) est la dernière qui fut révélée. C'est ainsi qu'il faut aussi interpréter le comportement du Prophète au sujet de la libération sur rançon des (prisonniers de guerre) de la bataille de Badr, homme contre homme, comme le pense Abû Hanîfa, sur la base du récit d'al-A'raj, selon lequel Sa'd ibn an-Nu'mân partit, après l'évènement de Badr, pour faire le petit pèlerinage (**'umra**). Il se sacralisa à al-Baqî'-cimetière de la ville de Médine)-, et il fut accompagné de son épouse. Tous deux étaient très âgés, et ne craignaient rien de ce qui s'était passé (de défaite des Mecquois à Badr). Abû Sufyân l'incarcéra à la Mecque et dit: "

je ne le relêcherai que quand Muhammad relâchera mon fils 'Amr ibn Abû Sufyân. Celui-ci avait été fait prissonier le jour de Badr. Alors les Khazrajites (parents de Sa'd) se rendirent auprès du Prophète et lui parlèrent à ce propos. Le Prophète relâcha donc ce ('Amr), et le donna comme rançon de Sa'd Ibn an-Nu'mân. Il libéra aussi les prisonniers de (Badr), ce jour, contre des paiements. Il est rapporté que la rançon fut, ce jour-là, de 4 mille, de 3 mille, de 2 mille et même de 1 mille (dirhams) par personne; et quant à ceux qui étaient pauvres et n'avaient aucun moyen de paiement, le Prophète les libéra gratuitement. 'Aicha raconte que, quand les Quraichites arrivèrent pour payer la rançon de leurs prisonniers, Zainab, fille du Prophète (qui était encore à la Mecque) envoya aussi la rançon pour son mari, Abu'l-'Aş. Il y avait dans ce qu'elle avait envoyé le collier de Khadija (femme du Prophète et mère de cette Zainab), qu'elle avait donné à sa fiile comme cot, lors du mariage. Quand le Prophète aperçut ce collier, il le reconnut et s'en émut, puis il dit (aux conquérants de Badr): "Si vous voulez lui libérer son prisonnier et lui rendre aussi ses biens (=le collier), faites-le". On le fit.

Le récit authentique au sujet d'al-'Abbâs est que celui-ci paya sa rançon, ce Jour-là, moyennant des biens, et ce fut à propos de lui que Dieu révéla cette parole (Q. 8/70): "**O Prophète, dis à ceux des captifs qui sont en vos mains: 'Si Dieu sait un bien dans vos coeurs, Il vous donnera mieux que ce qui vous a été pris, et vous pardonnera**..."(1)

Chaibânî se réfère à une autre interprétation (possible) et dit:

Les (Musulmans) avaient à ce moment-là grand besoin d'argent, pour les préparatifs militaires. Or quand il y besoin pressant, alors pas de grief à ce qu'on libère des prisonniers contre une rançon. Il faut situer dans le même cadre le récit selon lequel, quand le Prophète fit prisonniers les enfants et les femmes des Banu Quraiza, il envoya la moitié des captifs (réduits en esclavage), en compagnie de Sa'd Ibn Zaid, à Najd, et les vendit aux mécréants contre des armements et des bêtes de

(1) L'allussion veut dire qu'al-'Abbâs, oncle du Prophète, prétendait être musulman et avoir été amené à Badr sous contrainte par les Mecquois. Le Prophète ne l'exempta pourtant pas de la rançon. Le Qur'ân console al-'Abbâs.

guerre (chevaux); * il envoya l'autre moitié, en compagnie de Sa'd Ibn 'Ubâda, en
Syrie (Balestine) pour acheter, contre ces esclaves, des armements et des bêtes le 1535
guerre. de Prophète le fit, car on avait alors besoin d'armements.

La règle plus connue (**zâhir al-madhab**) de notre école (hanafite) à ce propos est qu'aujourd'hui il n'est aucunement permis de libérer des prisonniers (ennemis) contre des biens, et que ce qu'on rapporte à l'encontre de cette règle est chose abrogée.

(Chaibânî) se réfère au fait que le Prophète libéra les prisonniers des Banu'l-Mustaliq, et pour interpérer ce fait, il dit: Ce fut ainsi seulement parce que le Prophète avait dominé leur territoire (pour l'annexer), et il accepta la rançon de leurs prisonniers afin que l'esclavage ne les frappe pas. (Chaibânî) ajoute: Ne vois-tu pas que le Prophète épousa (parmi les prisonnières des Banu'l-Mustaliq) la dame Juwairîya, après qu'elle eut payé sa rançon? Ce fut ainsi parce que ces gens avaient embrassé l'Islam; sans quoi le Prophète ne l'aurait pas épousée.

Ce que nous désapprouvons, c'est de libérer des mécréants (captifs) contre des biens, pour les laisser rentrer dans la territoire ennemi et devenir une aide contre les Musulmans.

• 3154. (Chaibânî) cite l'autorité de Qubaişa ibn Dhu'aib, qui dit: "On ne paie pas sur le Trésor public Islamique la rançon des esclaves et des Dhimmîs (faits prisonniers par l'ennemi).(1) Nous nous tenons à cela. Quant à l'esclave, la raison en est qu'il fait partie de la propriété de son maître, et lorsque les ennemis (le capturent et) le mettent en sécurité, il devient leur propriété. Donc c'est son propriétaire d'origine qui doit payer sa rançon, afin de le ramener en son titre de propriété. Exception faite du cas où ce maître d'origine serait dépourvu(2) de biens, auquel cas il incombe au chef de l'Etat musulman de payer sa rançon aux dépens du Trésor Public Central; mais après cela, le propriétaire d'origine n'aura rien à faire avec cet (esclave), celui-ci devenant propriété du Trésor Public, sauf si le propriétaire d'origine rembourse cette rançon-là. Ce sera comme si un Musulman l'achetait auprès des ennemis et le ramenait en territoire islamique.

Qaunt au Dhimmî, il n'y a pas de quote-part pour lui dans ce qui se trouve dans le Trésor public Islamique, pour qu'on en paie sa rançon. Le Trésor Public est fait seulement pour les occasions de calamités (**nawâ'ib**); donc on ne paie, aux dépens du Trésor public, que la rançon des Musulmans faits prisonniers.

Si les (ennemis) demandent le rançonnement mutuel, prisonnier contre prisonnier, de sorte que nous leur donnions certains enfants que nous aurions fait prisonniers, isolément, d'entre ceux que nous avons capturés en compagnie de leurs

---

(1) Signalons que selon le Qur'ân (9/60), la rançon des prisonniers de guerre incombe au Trésor public. Pour la pratique, nous possédons la directive du grand calife 'Umar Ibn 'Abd al-'Azîz, pour libérer les Dhimmîs fait prisonniers par l'ennemi, aux dépens du Trésor public comme nous le cite Ibn Sa'd.

(2) Coquille dans l'éd où le mot لا manque, MS de Paris: لا يكون لمولاه مال

pères et mères , alors il n'y a pas à en faire grief, même si (dans cette livraison) il y avait séparation de l'enfant et ses père et mère [1] (chose prohibée par le Prophète).

comm. Car cette séparation aura lieu à cause d'un droit. En effet le respect dû à un Musulman qu'il est obligatoire de libérer des mains des mécréants est plus grand que celui qui est dû à cet enfant (non-musulman). Voilà pourquoi nous déclarons licite la rançon (des Musulmans) moyennant cet (enfant), même après le partage des blutins, comme c'est l'avis de Chaibânî.

1536 • 3155. * (Chaibânî) tire ici argument du récit fait par Salama Ibn al-Akwa'. Celui-ci dit: Nous sortâmes en expédition sous le commandement d'Abû Bakr contre les Hawâzin,[2] et je reçus en prime (**nafal**) une jeune fille. Au retour, quand je me rendis auprès du Prophète, il me dit: "Fais-moi cadeau de cette (jeune fille)". Je la lui donnai, et il la livra en rançon contre des prisonniers Musulmans retenus à la Mecque.

comm. A noter que le titre de propriété sur cette prime avait déjà été déterminé en faveur du bénéficiaire de la prime et, pourtant, le (Prophète) se permet de payer elle la rançon.[3]

(Chaibânî) poursuit: Si l'ambassadeur du roi des (ennemis) arrive chercher le rançonnement mutuel au moyen des prisonniers de guerre, que les Musulmans se trouvent encore sur le territoire ennemi et qu'ils aient placé les prisonniers dans un lieu fortifié, si les (ennemis) stipulent avec les Musulmans que ceux-ci leur donneront l'aman, au sujet des prisonniers (musulmans) qu'ils veulent amener, jusqu'à ce qu'ils aient achevé l'affaire du rançonnement et pourvu que si on ne s'entendait pas ils puissent ramener avec eux les prisonniers musulmans, alors il ne faut pas que les Musulmans leur remplisse une telle stipulation: il faut bien exécuter la libération des prisonniers sur rançon, comme stipulé avec les (ennemis), contre des biens ou toute autre chose, pour libérer les prisonniers musulmans; mais si l'entente ne se réalise pas entre eux pour le traité du rançonnement et que les (ambassadeurs ennemis) veuillent s'en aller avec ces prisonniers musulmans, si les Musulmans ont la force de prévaloir sur eux, ils n'auront pas la faculté de les laisser partir dans leur pays sans remettre les prisonniers (musulmans).

comm. La raison en est que l'incarcération des prisonniers musulmans est une prévarication de la part de ces (ennemis), et il n'est pas licite de leur stipuler le maintien de cette prévarication. Donc il est du devoir des (Musulmans) de renoncer à remplir cette stipulation, Pour leur arracher des mains les prisonniers (musulmans), sans toutefois les molester en quoi que ce soit pour autre chose.

---

(1) La licéité concerne les enfants faits prisonniers avec leurs parents. Quant à ceux capturés isolément, ils deviennent automatiquement Musulmans; on ne peut donc pas les livrer aux ennemis. Coquille dans l'éd. nous suivons la traduction de 'Aintâbî.

(2) Pour les détails de cette expédition, voir **Le Prophète de l'Islam**, par Hamidullah, I, 321.

(3) A noter toutefois que le Prophète ne livre pas directement cette jeune prisonnière, mais en obtient d'abord le titre de façon légale, avant d'en disposer. Le droit acquis du conquérant musulman n'est pas lésé.

Si l'on disait: "N'est-ce pas que le Prophète * avait stipulé avec les habitants 1537
(païens) de la Mecque, le jour d'al-Hudaibîya, qu'il leur rendrait tous ceux des Mecquois qui viendraient (chez lui) en tant que convertis à l'Islam? Et il honora cette stipulation, car il rendit Abû Jandal Ibn Suhail ibn 'Amr à son père, Suhail ibn 'Amr; (1) de même il rendit Abû Buşair à ceux qui étaient venus chercher son extradition, jusqu'à ce que cet homme (Abû Buşair) fit ce qu'il fit."(2) Nous dirions: C'est exact mais cette règle a été abrogée par la prescription divine; et en effet Dieu dit (Q. 60/10): "...**quand des croyantes viennent à vous en émigrées, alors examinez-les; -Dieu sait bien leur foi; -puis si vous les reconnaissez croyantes, alors ne les renvoyez pas vers les mécréants**..." (3) l'(extraditon des Musulmans aux non-Musulmans) a été permise en particulier au Prophète , à ce moment là, et il y a vu intérêt sur la base de la révélation que Dieu lui fit. En effet, lors des délibérations d'al-Haudaibîya, le Prophète disait: "Aujourd'hui ces (ennemis) ne me demanderont rien, que je ne le leur donne" (=le Prophète voulait conclure la paix avec les Mecquois, coûte que coûte.)(4) Mais aujourd'hui, à notre époque, il ne faut en aucun cas, rendre même un seul Musulman aux mécréants, ni laisser un seul Musulman entre leurs mains, si les Musulmans peuvent l'(éviter.)

Si les (musulmans) veulent s'emparer de ces (prisonniers musulmans) et que des mécréants interviennent, alors il faut que les Musulmans leur dénoncèrent la trêve et mènent les combats même les plus durs en faveur des prisoonniers musulmans, jusqu'à ce qu'on parvienne à les libérer.

A supposer que ces (ennemis) stipulent que nous leur amènerons un nombre donné de combattants ennemis (prisonniers), mais que nous ne l'ayons pas fait-ou même si nous l'avons fait, mais que le traité du rançonnement mutuel soit abandonné, sur notre initiative ou sur leur initiative, peu importe-la réponse est toujours la même, sauf si les Musulmans n'ont pas la possibilité de les dominer, auquel cas les (Musulmans) ont la faculté de renoncer aux combats contre ces (ennemis).

comm. Car il incombe aux (Musulmans) de conserver d'abord leur propre puissance, et de chercher ensuite la domination et la conquête, s'ils(5) le peuvent.

• 3156. * A supposer qu'on ne sache pas s'ils sont accompagnés de prisonniers 1538
musulmans-parce qu'on ne les voit pas et que les (ennemis) non plus n'admettent pas (leur présence)-mais que nous pensions par une pensée (que les prisonniers sont là), alors (en cas de non-conclusion du traité de libération des prisonniers) il ne faut pas dénoncer la trêve qui existe entre nous et eux.

(1) Pour les détails, voir Hamidullah, **op.cit.**, I, 169.

(2) Ibid, I, I/0

(3) L'auteur oublia que l'incident des femmes est entérieur à celui d'Abû Buşair, donc l'argument est sans fondement. De là probablement l'autre argument qui suit immédiatement, et selon lequel seul le Prophète peut extrader des Musulmans aux non-Musulmans. Cf aussi supra III, 261.

(4) Pour la raison d'être de cette disposition d'esprit, voir Hamidullah, **op. cit.**,

(5) Selon le MS de Paris, à lire وإن l'éd. portant: أو

comm. Etant donné qu'elle nous donne la faculté de récupérer sur eux les prisonniers. Donc si on ne sait pas si les (prisonniers sont là, la rupture de la trêve n'atteindrait pas le but recherché.

• 3157. Si des esclaves appartenant aux (ennemis) se réfugient chez nous, au moment où l'on délibère sur ce traité de libération des prisonniers contre rançon, alors non plus il ne faut pas rompre la trêve, mais il faut leur remettre leurs esclaves.

comm. Car nous avons accordé protection aux (ennemis) pour les biens qu'ils ont apportés. Donc il ne faut pas molester leurs biens en quoi que ce soit.

• 3158. Certes si ces esclaves embrassent l'Islam, nous ne les leur rendrons pas, après la conversion à l'Islam, mais nous les vendrons et en donnerons le prix à leurs (maîtres d'origine). Ce sera au même titre que si un ennemi se rendait sous sauf-conduit sur le territoire islamique où son esclave embrasserait l'Islam. Toutefois on leur rendra les armements et les bêtes que ces esclaves ont amenés avec eux. Mais si ces esclaves disent seulement: "Nous voulons devenir des Dhimmîs pour vous", on ne prendra pas en considération leur parole,. et on les rendra aux (ennemis leur maîtres), avec les bêtes et les armements qu'ils ont amenés.

comm. Car ce sont les esclaves de gens qui jouissent de notre protection, et ils dépendent de leurs maîtres. Voilà pourquoi on n'acceptera pas leur demande de devenir des Dhimmîs; et ils ne deviennent pas, par cette (demande), ressortissants de notre territoire.

1539 • 3159. * Si ceux qui ont cherché asile chez nous sont des gens libres de chez eux, qui se sont emparés des bêtes et des armements de leurs (compatriotes) et sont ensuite venus chez nous sous sauf-conduit, alors nous ne les molesterons pas en quoi que ce soit des biens qu'ils ont apportés.

comm. Car la protection donnée par nous vise les actes venant de notre part et non les actes qu'ils peuvent commettre les uns contre les autres. Donc ce que ces (réfugiés) ont arraché est devenu leur propriété, et il ne nous faut pas les molester à ce propos en quoi que ce soit, peu importe si ces (réfugiés) embrassent l'Islam, deviennent Dhimmîs, ou seulement s'ils séjournent chez nous sous sauf-conduit.

• 3160. Cela ressemble au cas où il y a trêve entre nous et une peuplade ennemie, puis que certains d'entre eux arrachent les biens des autres et les ramènent chez nous, soit en embrassant l'Islam, ou en devenant Dhimmîs ou en venant seulement sous un sauf-conduit:

Nous ne les molesterons pas en quoi que ce soit au sujet de ce qu'ils ont capturé, et nous ne le leur enlèverons point.

• 3161. A supposer que les prisonniers musulmans amenés par ces (ennemis) pour être libérés sur rançon s'évadent pour venir chez nous avant que le traité de rançonnement soit effectif, et que les (ennemis) disent: "Rendez-les nous, sur la base de la trêve", nous ne les (leur) rendrons pas.

comm. Car nous n'avons pas donné protection aux (ennemis) pour qu'ils

gardent les prisonniers musulmans dans la captivité, étant donné que c'est une prévarication de leur part; nous leur avons certes donné garantie pour leur propres personnes et leurs biens, mais ces prisonniers ne constituent pas leur propriété.

• 3162. En outre, nous n'avons plus besoin de remplir (=payer) la rançon de libération.

comm. * Car nous leur avions promis de leur rendre leurs prisonniers contre 1540
une rançon (comportant nos prisonniers de chez eux). Or nous en sommes maintenant au large. Mais si l'entente mutuelle pour le rançonnement a déjà été conclue, pour la libération (par nous) de combattants ennemis déterminés, puis que les prisonniers musulmans s'évadent de chez eux (avant l'application du traité d'échange des prisonniers), alors mieux vaut qu'on remplisse pour eux les conditions du traité, afin qu'à l'avenir ils aient encore confiance dans les Musulmans pour de semblables (traités d'échange des prisonniers), et qu'ils n'accusent pas les (Musulmans) de perfidie. Toutefois, si les (Musulmans) ne le font pas, pas de responsabilité sur eux.

Car le traité de rançonnement mutuel s'accomplit par prise et don (=on prend quelque chose et on donne quelque autre chose). Donc quand nous sommes au large vis-à-vis de la (contrepartie) avant l'accomplissement (=l'application) du traité de rançonnement mutuel, il ne nous incombe, de par cette entente (**murâvada**), de rien leur rendre, que ce soit les combattants mécréants (prisonniers ennemis) ou des biens.

• 3163. Si les prisonniers (musulmans) s'évadent (de chez les ennemis) et rentrent sur le territoire islamique sans se réfugier chez nous (au campement), -que ce soit après la conclusion du traité (d'échange) ou avant, -il n'incombe au (commandant musulman) de rien leur donner. Au contraire, si les prisonniers se réfugiaient chez nous (au campement), il valerait mieux remplir (aux ennemis) ce que nous leur avions stipulé.

comm. Car lorsqu'ils se réfugient chez nous, nous les défendons (et protégeons). Pour cette raison c'est comme si les (ennemis) eux-mêmes nous livraient ces (prisonniers). Au contraire, quand les (prisonniers) rentrent sur le territoire islamique d'un autre point (sans passer par notre camp), alors ils ne sont pas en nos mains. Voilà pourquoi il ne nous incombe pas de remplir à l'égard des (ennemis) ce que nous leur avons stipulé à propos de la rançon.

Si les (ennemis) ne nous rendaient (1) rien, sous ce (traité), ni **de facto** ni **de jure,** ce serait comme si les prisonniers mouraient en leurs mains. Il en est de même si les prisonniers, possédant une puissance résistante, s'évadent et résistent par eux-mêmes.

Car ce n'est pas nous, maintenant, qui les défendons (=protegeons) pour que nous remplissions pour les (ennemis) ce que nous leur avons stipulé.

(1) A lire يرقون comme dans le MS de Paris, l'éd. portant: يرون

• 3164. Certes si les prisonniers se réfugient chez nous, cependant qu'ils n'ont pas de puissance résistante, alors c'est nous qui les défendons contre les (ennemis). Ne vois-tu pas que si * nous n'étions pas là, ces (évadés) seraient repris?

1541 **comm.** * Voilà pourquoi il nous faut remlir à l'égard des (ennemis) ce que nous leur avons stipulé.

• 3165. Si les (ennemis) veulent **radd** (ramener chez eux?) les prisonniers, mais que les prisonniers les combattent tout en appelant les Musulmans au secours, alors il n'est pas licite aux Musulmans de les abandonner.

comm. La raison en est celle que nous avons déjà évoquée, à savoir que l'incarcération des prisonniers de la part des (ennemis) est une prévarication; et nous ne leur avons pas donné garantie pour perpétuer cette prévarication. Voilà pourquoi il n'est pas licite aux Musulmans de laisser (1) les mécréants (ennemis) tuer leurs frères sans les en empêcher, pourvu que les (Musulmans) aient la force de (les) en empêcher.

suite: De même, pas de grief à ce que les prisonniers combattent les (ennemis) pour rentrer(2) chez eux, peu importe si ceux-ci leur ont donné garantie ou non.

comm. Car les (ennemis) prévariquent quand ils détiennent les (prisonniers musulmans).

• 3166. A supposer que les prisonniers en la main des (ennemis) soient des esclaves, hommes et femmes, de religion islamique, et que les (ennemis) les aient mis en sécurité au moyen de leur territoire, alors nous remplirons à l'gard de ceux-ci ce que nous leur avons stipulé à propos du rançonnement mutuel. Si le traité (de libération des prisonniers) ne se conclut pas, nous les leur reprendrons par la force.

comm. Car il s'agit de (prisonniers) musulmans. Il n'est donc pas licite de les abandonner sur le territoire des mécréants. Toutefois nous vendrons ces (esclaves arrachés aux ennemis) et nous en remettrons le prix aux (ennemis). Car il s'agit d'esclaves leur appartenant. Même si ces (esclaves) embrassent l'Islam, ils restent la propriété de ces (ennemis). Or nous avons donné garantie à ces (négociateurs ennemis) pour leurs biens.

• 3167. Si ces esclaves-là commencent à combattre les (ennemis) et que ceux-ci veuillent les tuer, nous les combattrons en compagnie de ces esclaves jusqu'au sauvatage de ceux-ci.

1542 **comm.** * Car ils sont nos frères de religion. Donc il est de notre devoir de les libérer du joug des mécréants.

• 3168. A noter que si les mécréants (ennemis) se trouvent à ce moment-là dans un de leurs lieux de sécurité, la dénonciation de la garantie (trêve) s'accomplit,

(1) Ainsi يذروا selon le MS de Paris; chez 'Aintâbî يروا (assister en spectateurs), l'ed. portant: يردوا

(2) Ainsi يتقلبوا dans l'éd.; il faut sans doute lire: يصطلوا (séchauffer), comme à III, 270.

et c'est après cela que nous leur arrachons ces esclaves. Voilà pourquoi nous ne leur donnerons rien en compensation. Au contraire s'ils ne sont pas dans un de leurs lieux de sécurité, nous vendrons ces (esclaves) et nous en remettrons le prix aux (ennemis). Car le statut de protection (trêve) subsiste entre nous et eux tant que les (ennemis) ne seront pas rentrés dans un de leurs lieux de sécurité.

Tout (Prisonnier) que les ennemis ne peuvent pas s'approprier comme leur propriété, par exemple un **mudabbar** (esclave libérable automatiquement à la mort de son maître), une **umm walad** (esclave-femme qui a donné naissance à un enfant pour son maître et donc automatiquement libérable lors de la mort du maître), un **mukâtab** (esclave en instance de libération contre paiment de sa valeur à son maître), ou un Dhimmî (sujet non-musulman de l'Etat islamique), sera sur le même plan qu'un Musulman de statut libre, dans tous les aspects de la question que nous avons évoqués.

suite: Si un prisonnier (musulman), détenu dans un fortin des (ennemis) veut attenter[1] contre un des (ennemis) pour le tuer, il faut distinguer: S'il espère pouvoir le tuer ou faire des dégats parmi eux, pas de grief à ce qu'il le fasse. Mais s'il ne l'espère pas, alors il ne faut pas qu'il le fasse.

comm. Car il se mettrait ainsi de sa propre main et inutilement dans la destruction, étant donné que selon toute apparence ils le tueront après cet (attentat), ou le mutileront.

• 3169. Nous avons déjà mentionné cette règle (voir plus haut III, 219, 239) à
propos de celui qui se toruve dans les rangs (et sort sur le champ de bataille) pour
livrer des combats, et qu'ainsi ont agi plus d'un compagnon du Prophète, par
exemple al-Mundhir ibn 'Amr, au jour de la bataille de Bi'r Ma'ûna; de même "Celui
que protégea l'essaim de guêpes": 'Asim ibn Thâbit, * au jour de la bataille 1543
d'ar-Raji', [2] contre les Banû Lihvân (cf références, III, 219, 239). Si cela est permis
à un combattant quand son acte fait des dégâts parmi les (ennemis), à plus forte
raison ce sera permis à un prisonnier.

Si les (ennemis) relâchent le prisonnier et lui donnent l'aman à condition qu'il reste dans leur pays, alors pas de grief à ce qu'il attente contre eux et qu'il tue qui il peut clandestinement, ou qu'il arrache ce qu'il veut de leurs biens, étant donné qu'il ne leur a pas donné l'àman, mais que ce sont eux qui lui ont donné l'aman, chose qui ne lui interdit pas de faire contre eux ce qu'il peut. Exception faite du cas où il leur aurait donné lui-même aussi l'aman: alors il ne nous (=lui) faut les molester en rien de tout cela.

comm. Car ce serait une trahison de sa part. Or la trahison est chose interdite.

• 3170. Toutefois s'il peut s'évader et rentrer secrètement en territoire

(1) Ainsi يشد dans le MS de Paris, l'éd. portant: يستدل

(2) Coquille dans l'éd., où: at-Tarji'.

islamique, pas de grief à ce qu'il s'évade, même s'il leur a donné l'assurance du contraire.

comm. Car si les (ennemis) le détiennent dans leur territoire, c'est une prévarication de leur part, vis-à-vis de lui. Il lui est loisible donc de se défendre contre cette prévarication.

• 3171. Et si quelqu'un l'en empêche, pas de grief à ce qu'il le combatte et le tue.

comm. Car celui-là prévarique en l'en empêchant.

1544 • 3172. * Si les (ennemis) l'assujettissent à des travaux durs qu'il ne peut plus endurer, et qu'il se lance contre quelqu'un d'eux pour le tuer, il faut distinguer: Si cela leur cause des dégâts, pas de grief à ce qu'il le fasse; mais s'il sait que cela ne leur causera aucun dégât, alors mieux vaut ne pas le faire.

comm. Sauf s'ils l'obligent à un travail qu'il ne peut pas accomplir, et qu'il pense que ce qu'il attente va lui procurer sauvetage ou bien-être: alors pas de grief à ce qu'il cherche le sauvetage par ce moyen.

• 3173. De même, si ce (prisonnier) se lance sur le geõlier pour le tuer, il faut faire la même distinction que nous avons signalée. Si l'(ennemi) lui a donné l'ordre de se prosterner devant quelque chose d'autre que Dieu, et que le combattant ennemi (**'ilj**) le tient le frappe pour cela, alors pas de grief à ce qu'il tue ce combattant ennemi et qu'il refuse de se prosterner, même s'il sait qu'il sera mis à mort.

comm. Car frapper un combattant ennemi ou le tuer, si possible, leur cause inévitablement des dégâts. Et s'il refuse de se prosterner devant quelque chose d'autre que Dieu, c'est renforcer la Religion (islamique). Pas de grief à ce qu'il le fasse, et on ne considérera pas cela comme suicide (**litt.** aider, c.-à-d. l'ennemi, contre soi-même).

• 3174. Si le prisonnier leur dit: "Je sais là médecine", puis qu'ils lui demandent de leur donner quelque médicament, s'il leur fait boire un poison mortel, alors il faut distinguer: S'il le fait contre des hommes adultes (= combattants), pas de grief là-contre;-

comm. Car cela cause des dégâts aux (ennemis);-

suite: Mais je désapprouve qu'il en fasse boire à des enfants ou à des femmes, au même titre que je le désapprouverais de les tuer.

1545 • 3175. * Sauf s'il s'agit d'une femme qui lui a fait du tort et qui a cherché à le tuer. Car, alors, pas de grief à ce qu'il la tue s'il le peut.

Si un prisonnier (musulman) qui se trouve chez les (ennemis) se fait descendre par une corde, d'un fortin ou de la muraille de la ville, en vue de s'enfuir, puis qu'il fasse une chute mortelle, alors il faut distinguer: Si, au moment où il tente cette (évasion), il espère se sauver, alors pas de grief à ce qu'il le fasse;-

comm. Car son but est d'essayer de se libérer et de se sauver avec sa foi, afin qu'on ne l'induise pas en tentation. On sait qu'en tout ce qu'il fait, celui(1) qui lutte pour la cause divine balance entre l'espoir de la réussite et la crainte de la perdition. Donc si cet acte est revêtu de cette qualité, pas de grief à ce qu'il le fasse;-

• 3176. Mais s'il est sûr et certain de périr -ou si son avis prépondérant est qu'il ne pourra pas se sauver- alors on le désapprouvera de le faire.

comm. Car ainsi il se suicide.

• 3177. C'est à l'instar du cas cité précédemment (• 1487) où quelqu'un, placé dans une grande marmite, se fait descendre dans un souterrain, afin de combattre l'ennemi: s'il espère pouvoir leur faire des dégâts, pas de grief à ce qu'il le fasse; mais si son avis prépondérant est qu'il sera lui-même tué sans leur faire de dégâts, alors il ne lui est pas loisible de le faire.

• 3178. Si un combattant ennemi (**'ilj**) est fait prisonnier-ou même sa femme et ses enfants-alors il ne faut pas que le commandant (musulman) les libère contre une rançon en argent.

comm. Pour la raison que nous avons déjà évoquée.

• 3179. * De même il ne faut pas les vendre aux ennemis: ni avant qu'on ait 1546
transféré ces (prisonniers) sur notre territoire, ni après.

comm. Car cela revient à une libération contre rançon, puisqu'après les avoir capturés, on les remet aux ennemis contre réception de quelques biens de leurs part.

• 3180. De même s'ils tombent dans la quote-part de butin de quelque soldat (musulman), il ne faut pas qu'il les vende aux ennemis. Et si néanmoins il le fait, le chef de l'Etat contrecarrera sa vente et lui infligera une correction pour ce qu'il a fait, pourvu que le chef de l'Etat sache que cet homme l'a fait en connaissance de cause.

comm. Car il a voulu renforcer les mécréants contre les Musulmans.

• 3181. Si un mécréant se rend (chez nous) sous sauf-conduit, cependant qu'il possède (chez lui) des esclaves musulmans qu'il a fait prisonniers et qu'il a laissés en sécurité, puis qu'il veuille les vendre contre des belligérants (que nous détenons), alors pas de grief à ce que le commandant (musulman) achète ces (esclaves musulmans) contre ces belligérants -là. Après cet (achat), il traitera ces (esclaves) comme du butin pour les Musulmans (de l'armée), s'il n'a pas encore partagé les (autres prisonniers ennemis). Et s'il les a déjà partagés en butin, alors pas de grief à ce qu'il achète néanmoins les esclaves musulmans au moyen des (ennemis) qui sont tombés dans la quote-part de quelqu'un.

comm. Car c'est comme de procéder au rançonnement mutuel au moyen d'un échange de prisonniers, chose qui est loisible, selon l'avis (de Chaibânî) émis dans ses ouvrages dits **zâhir ar-riwâya** (cf • 158 n.). Car le but est de libérer les

(1) Ainsi المجاهد au singulier dans les MSS., l'éd. portant: المجاهدون suivi du verbe au singulier.

Musulmans du joug humiliant des mécréants. (Et les soldats musulmans qu'on prive ainsi de leur butin déjà reçu recevront une compensation).

• 3182. Et cela est égal que ces Musulmans soient des esclaves ou des hommes libres.

comm. Car ce qui rend loisible l'(échange de prisonniers) c'est le respect dû à la Religion (Islamique).

1547 • 3183. * Si cet (étranger) est venu avec des esclaves (musulmans) le commandant (musulman) ne le laissera pas les ramener (en territoire ennemi); cela à l'instar des esclaves non-musulmans que cet (étranger) aurait amenés avec lui et qui aurait ensuite embrassé l'Islam-ou s'il achète des esclaves musulmans sur le territoire islamique-; ils seront certes ses esclaves, mais le chef de l'Etat musulman l'obligera à les vendre (à un ressortissant musulman), comme il y obligerait même des Dhimmîs en pareil cas. Donc il en sera de même ici.

• 3184. Si cet étranger (1) entre sous sauf-conduit dans le campement musulman se trouvant sur le territoire ennemi, ou s'il entre en territoire islamique et qu'il soit accompagné d'esclaves (musulmans) puis qu'il cherche à les vendre contre des prisonniers mécréants (détenus par nous), alors le commandant ne lui en donnera pas la possibilité.

comm. Car cet (étranger) est dans l'obligation de vendre les (esclaves) contre des dirhams et des dinars, étant donné qu'il se trouve en état de dominé en nos mains et qu'il est accompagné d'esclaves (musulmans). Si on lui donnait la possibilité de vendre ces (esclaves) contre des prisonniers mécréants, cela irait dans le sens d'une libération de prisonniers (ennemis) contre de l'argent. Contraire était le cas précédent; car là, cet étranger était venu sous sauf-conduit et n'ayant pas d'esclaves avec lui, donc il n'était pas question de l'obliger juridiquement à les vendre contre des dirhams.

• 3185. Ce qui explique cela, c'est que la libération (de prisonniers musulmans) au moyen de prisonniers mécréants est autorisée à cause de la nécessité, et cela a lieu quand le besoin se présente de libérer des Musulmans de la main des (ennemis). Ici, cela n'a pas lieu, car il est possible de les libérer par un autre moyen, c'est-à-dire, en obligeant (cet ennemi) à les vendre contre des dirhams. La nécessité (d'accepter l'échange des prisonniers) se présente quand l'(ennemi) ne vient pas accompagné des esclaves (musulmans).

• 3186. Supposons qu'un ennemi se présente pour solliciter un sauf conduit, mais qu'avant d'entrer (sur le territoire islamique) il demande aux (Musulmans) de lui vendre certains esclaves déterminés-qu'il nomme-contre des esclaves musulmans déterminés qu'il nomme et qui se trouvent en sa main, alors pas de grief à ce que les
1548 musulmans l'acceptent, * car il y a besoin, tant que notre main n'atteint pas les

(1) A supprimer le deuxième من du mot المستأمن من

esclaves musulmans. Puis une fois qu'on a accepté (la proposition), il incombe aux (Musulmans) de remplir la stipulation à l'égard de cet (étranger).

comm. Car lorsqu'une condition est correcte, selon la Loi (Islamique), il est obligatoire de la remplir.

• 3187. (Chaibânî) dit: Si un prisonnier (musulman) se trouvant en leur main veut les combattre, tout en étant d'avis que s'il le fait cela créara des dégâts chez eux, mais aussi que lui-même sera ensuite mis à mort, alors, comme nous l'avons déjà mentionné, il n'y a pas à lui faire grief d'agir ainsi; et il sera même partie de ceux à propos desquels Dieu le Très-Haut a dit (Q. 2/207): **"Et en voici un parmi les gens qui s'est vendu lui-même pour la recherche de l'agrément de Dieu ..."** Mais à supposer qu'il sache que l'acte qu'il projette fera du tort aux autres prisonniers (musulmans) qui se trouvent en la main des (ennemis), alors mieux vaut qu'il ne le fasse pas, surtout si les dégâts qu'il causera chez eux ne doivent pas même atteindre une partie de ce qu'il désire. La raison en est qu'il lui est recommandé de veiller aux intérêts des Musulmans et d'écarter d'eux le mal de l'ennemi.

Ne vois-tu pas que celui qui lutte (pour Dieu) ne combat les mécréants que dans ce même but? Donc si l'acte qu'il projette devient cause du tort aux Musulmans-de sorte qu'on peut les tuer ou les frapper-alors mieux vaut qu'il ne le fasse pas. Mais s'il le fait, pas de grief à cela.

comm. Car prendre en considération l'intérêt d'autrui n'est pas plus obligatoire que de prendre en considération son propre intérêt.

• 3188. S'il lui est permis de faire cet acte-tout en sachant qu'il sera mis à mort alors à plus forte 1549
* s'il commet cet acte qui fera des dégâts chez les (ennemis)- alors à plus forte raison il lui sera permis de le faire s'il craint que ce soit les autres prisonniers qui en souffrent.

Si un détachement entre sur le territoire ennemi et qu'il soit près d'une grande arméc ennemie, mais qu'elle ne le sache pas; et si l'un des Musulmans veut s'attaquer à cette armée, je l'en désapprouve.

comm. Car cet acte à lui va indiquer (à l'ennemi) la présence des Musulmans, alors que les Musulmans n'ont pas la force de se faire justice de l'ennemi, sachant sa (puissance supérieure). Or il n'est pas permis de donner (à l'ennemi) l'indication des Musulmans, pour qu'il les tue ou les fasse prisonniers.

• 3189. Mais si les (ennemis) ont su la présence des Musulmans sans toutefois intervenir, alors pas de grief à ce que ce Musulman s'attaque aux (ennemis), s'il espère faire des dégâts chez eux. Exception faite du cas où ce (Musulman) craindrait qu'(après son attaque) les ennemis combattent les Musulmans et les tuent; alors, dans ce cas, mieux vaut qu'il n'exécute pas son projet (d'attaque), en vue de l'intérêt des (autres) Musulmans.

Ne vois-tu pas que si les ennemis assiègent un groupe de Musulmans sans que ces Musulmans aient la force de leur résister, et si les (ennemis) invitent les

(Musulmans) à la paix et à l'aman, mieux vaut que les Musulmans fassent la paix avec eux et acceptent l'aman de leur part? Toutefois si les (Musulmans) ne veulent que les combattre, alors pas de grief à cela, comme l'a fait "Celui que protégea l'essaim de quêpes (cf supra III, 293): quand les (ennemis) lui proposèrent l'aman, il répondit: "J'ai promis à Dieu, auparavant, que je n'accepterai pas d'aman de la part des mécréants", puis il continua à les combattre jusqu'à ce qu'il fût tué.

1550 **comm.** * Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à faire grief de cela.

• 3190. Si une **kitâbîya** (scriptuaire, celle qui croit en un livre religieux révélé, une Juive, une Chrétienne par exemple) a été fait prisonnière, puis qu'elle tombe, lors du partage du butin, en la quote-part de quelqu'un qui fait d'elle une **mudabbara** (esclave libérable automatiquement à la mort de son maître) - ou une **umm walad** (à qui son maître fait un enfant, et qui est donc libérablement automatiquement à la mort de son maître) -mais qu'elle conserve toujours sa religion, et si par la suite les ennemis capturent quelqu'un de nous mais refusent de le libérer contre paiment d'aucune autre rançon que cette femme, il faut voir: si le maître de cette femme y agrée, alors pas de grief à ce qu'on la livre en rançon, peu importe si elle-même le désapprouve ou l'agrée;-

comm. Car même si on la livrait en rançon de l'échange, elle ne quitterait pas le titre de propriété de son maître (musulman). En effet elle a acquis une qualité (=de **mudabbara** ou d'**umm walad**) selon la quelle il n'est plus possible de la transférer du titre de propriété de l'un à celui d'un autre, puisque les liens d'émancipateur (**wilâ**) sont acquis juridiquement à ce Musulman;-

• 3191. Ce dont est privé le maître de cette femme, en conséquence de cette livraison en rançon, c'est l'usufruit de ses services. On considérera donc qu'il a livré les services de cette femme pour la rançon d'un (prisonnier) musulman. Et cela est licite.

comm. Car l'usufruit est comme des biens. Donc le respect dû à l'usufruit ne peut pas être plus grand que le respect dû aux biens.

• 3192. En outre il est licite de payer la rançon d'un Musulman au moyen de biens. Il sera licite et permis à plus forte raison de le faire moyenant des services. C'est ainsi, car il n'y a aucune crainte pour la vie de cette femme, étant donné que'elle est de la même religion que les (ennemis). En fait ils ne désirent la reprendre contre paiement d'une rançon (ici, échange avec un prisonnier musulman) que pour le respect qu'ils ont pour elle en vue du fait qu'elle a gardé sa foi parmi nous. On ne prendra pas en considération sa désapprobation ou son agrément à elle.

comm. Car c'est une esclave, et qui n'a pas le droit de disposer de soi.

• 3193. Mais si son maître désapprouve cette (livraison), alors il ne faut pas que le commandant la livre pour la rançon du prisonnier (musulman), même si l'on craint que les (ennemis) aillent tuer ce prisonnier.

La raison en est qu'elle a acquis une qualité selon laquelle elle n'est plus

susceptible de quitter le titre de propriété de son maître, que ce soit avec compensation ou sans compensation. Donc quand le titre de propriété du maître subsiste en elle, il n'est pas licite de la livrer en rançon sans le consentement de ce maître.

Si ce maître exige qu'on lui rembourse la valeur de cette femme, aux dépens du Trésor Public Islamique, sans que ce soit une vente, alors pas de gref à ce que le chef de l'Etat musulman le fasse.

comm. Car n'importe comment, il lui incombe de payer la rançon de ce prisonnier musulman aux dépens du Trésor publique Islamique. Ce dédommagement ira donc (au fond) dans le même sens, étant donné qu'il n'y a pas de différence s'il verse l'argent aux (ennemis) pour faire libérer le prisonnier, * ou 1551
s'il donne l'argent au maître de cette jeune esclave afin que celui-ci agrée livrer cette esclave pour la rançon du prisonnier musulman.

• 3194. En outre, cet argent ne sera pas une compensation de son titre de propriété sur elle, -étant donné qu'elle n'est plus suceptible dêtre transférée d'un propriétaire à un autre, -mais une compensation des services de cette (jeune esclave). En effet il est permis à un maître d'obtenir compensation des services de sa **mudabbara** ou de son **umm walad** par un contrat de location (ou: par engagement pour un salaire). Ainsi, si par la suite les Musulmans arrachent cette jeune femme aux ennemis, on la rendra [1] à ce (Musulman), étant donné que son titre de propriété sur elle subsiste; et on lui laissera même la compensation qu'il avait touchée.

comm. Car il a touché cette compensation contre le service de cette jeune femme pendant qu'elle séjournerait chez les ennemis, chose qui ne lui revient pas (maintenant, c.-à-d. le temps perdu du séjour chez les ennemis).

• 3195. A supposer que le (nouveau possesseur) musulman refuse de la livrer (à l'ancien maître) à moins que ce dernier la lui achète par un contrat d'achat, je l'en désapprouverais.

comm. Car cette femme a acquis une qualité selon laquelle elle n'est plus susceptible d'être vendue, étant donné le droit de libération automatique qui s'est établi en elle (quand elle est devenue **mudabbara** ou **umm walad**).

• 3196. * A supposer que les (autorités militaires musulmanes) arrachent cette 1552
jeune femme à son maître (musulman) contre son gré, pour la livrer en rançon, alors le chef de l'Etat musulman versera à son maître des dommages aux dépens du Trésor public Islamique.

comm. Il en sera ainsi selon l'avis unanime de tous les maîtres juristes, à propos de la **mudabbara,** étant donné que'elle demeure un bien de valeur, au point que si quelqu'un l'usurpait, il devrait payer des dommages pour elle. Il en sera donc de même si le chef de l'Etat, eu égard à l'intérêt public qu'il y voit, la saisit sans le

---

(1) Ainsi ردوها dans le MS de Paris, l'éd. portant: ردها

consentement du maître de cette jeune esclave. Mais en ce qui concerne une **umm walad**, ce sera de même, selon l'avis des Deux Disciples (Abû Yûsuf et Chaibânî).

Mais quant à Abû Hanîfa, selon lui on ne paie pas de dommages pour elle quand elle a été usurpée et, par conséquent, le chef de l'Etat musulman ne versera pas sa valeur à son maître aux dépens du Trésor public.

Certains (auteurs) disent que: "même à ce propos (d'**umm walad**) tous les maîtres juristes sont d'accord, car le (chef) verse au (maître de l'esclave) la valeur de celle-ci en compensation de ses services et non de sa personne. Cet (enlèvement sans son gré par le chef de l'Etat) sera comme si le maître avait consenti à ce que la jeune esclave lui soit enlevée, contre paiement de sa valeur." Mais le premier exposé est plus correct, car tout de suite après, (Chaibânî) a dit: "Si elle revient plus tard en la main des Musulmans, ils la rendront à son (maître musulman), à qui le chef de l'Etat reprendra le montant de la valeur que le maître avait touché, pour le remettre dans le Trésor Public". Si cet argent était la compensation des services de la jeune esclave, le maître ne serait pas obligé de le rendre, comme dans le cas précédent. En outre Chaibânî continue: "Je n'aime pas que le chef de l'Etat lui arrache l'(esclave) contre son gré". Si ce que le chef de l'Etat lui donne était la compensation des services de la jeune esclave, ce serait, dans ce cas, licite pour le (chef de l'Etat) de le faire sans le consentement du maître (de l'esclave), eu égard à l'intérêt public que le (chef) y voit.

• 3197. Si cette jeune femme est une esclave ordinaire (1) (ni **mudabbara** ni **umm walad**), alors pas de grief à ce que le chef de l'Etat l'évalue à sa juste valeur ('**adl**), pour remettre le montant de cette valeur au (maître de l'esclave) et donner cette (2) (esclave aux ennemis) en rançon du (prisonnier) musulman.

comm. Car si le maître s'abstient de la livrer en rançon, il y aura grand tort pour les Musulmans.

1553 • 3198. * En effet le chef de l'Etat musulman a la faculté de vendre les biens de quelqu'un pour éviter un grand tort.(3)

comm. Que ce soit l'avis des Deux Disciples (Abû Yûsuf et Chaibânî) c'est évident, car (selon eux deux) on frappe un endetté de l'interdiction d'aliéner ses biens, et l'on vend ses biens, contre son gré, en vue d'éviter un tort au créancier. Abû Hanîfa est aussi du mêmê avis, car il dit qu'on peut frapper de l'interdicition d'aliéner des biens, s'il y a grand tort pour les Musulmans. Donc quand il est établi que le chef de l'Etat a la faculté de vendre la propriété de quelqu'un contre son gré, il n'y a pas de différence (dans le cas présent) s'il **vend** cette jeune esclave et en remet le prix à son maître, ou s'il l'**évalue** et en remet le montant de la valeur au même, pour la livrer ensuite en rançon (du prisonnier musulman).

---

(1) Le mot قنة (esclave ordinaire) manque à l'éd., mais existe dans le MS de Paris.

(2) Ainsi بها dans le MS de Prais, l'éd. portant: به

(3) Le mot الضرر (tort) manque à l'éd., nous le suppléons selon le MS de Paris.

• 3199. Si on le fait (et qu'on remette aux ennemis cette esclave), puis qu'elle tombe (de nouveau) en la main des Musulmans, son (ancien) maître n'aura rien à faire avec elle.

comm. Car elle a quitté le titre de propriété de son (ancien) maître quand celui-ci l'a vendue au chef de l'Etat et quand cette vente a été exécutée.

• 3200. Supposons que cette esclave soit une **mukâtab** (libérable sous contrat en payant sa valeur à son maître), je n'aime pas que le chef de l'Etat musulman la remette en rançon (des prisonniers musulmans) sans son consentement à elle et celui de son maître.

comm. Car le titre de propriété de son maître subsiste en elle en même temps qu'elle a obtenu le droit de disposer et de sa personne et de l'usufruit de sa personne, à cause du contrat de libération qu'elle a conclu. Donc on prendra en considération leur consentement à tous deux (d'elle et de son maître) pour pouvoir la livrer en rançon (des prisonniers musulmans).

• 3201. Mais si le chef de l'Etat saisit cette (**mukâtaba**) contre le gré (du maître) et la livre en rançon, alors le maître n'a rien à réclamer contre le chef de l'Etat.

comm. Car on ne paie pas de dommages quand on usurpe une **mukâtaba**, étant donné qu'elle est comme une femme de statut libre, en vue de la main (pouvoir de disposer d'elle-même) qu'elle a (et non son maître), tandis que les dommages sont obligatoires qu'on fait perdre la main (du maître sur une esclave, une propriété).

• 3202. * En outre, le maître (de la **mukâtaba**)n'avait plus droit à ses gains à 1554
elle ni à l'usufruit de sa personne. Donc par cette saisie (de la part du chef de l'Etat), le maître ne perd pas son titre de propriété sur elle. Donc quand les Musulmans la feront de nouveau prisonnière de guerre, ils la rendront à son (maître) et quant à elle, elle continuera de rester **mukâtaba** (tant qu'elle n'aura pas complètement payé sa valeur au maître).[1]

• 3203. Si une **mukâtaba** (non-musulmane) a déjà payé sa valeur contractée à son maître pour devenir femme de statut libre-ou même si son maître l'a émancipée bénévolement - puis qu'on veuille la livrer en rançon (contre les prisonniers musulmans), on ne prendra en considération que son consentement à elle seule.

comm. Car il ne subsiste plus en elle de titre de propriété pour son (ancien) maître, vu qu'elle est devenue, par l'acte d'émancipation, femme de statut libre et dhimmîya (sujette non-musulmane de l'Etat islamique), puisque'elle est (maintenant) ressortissante du territoire islamique.

---

(1) Le raisonement laisse à désirer, car si les Musulmans ne parvenaient pas à la capturer de nouveau, le maître n'aura ni cette esclave, ni le montant de sa valeur qu'elle devait lui payer, ni même la compensation de la part du chef de l'Etat. Au fond la **mukâtaba** ne peut disposer d'elle-même que quand elle a payé complètement le montant contracté pour sa libération.

• 3204. Donc il n'est plus licite de la livrer en rançon, sauf avec son consettement. Elle sera comme une femme d'origine libre parmi les Dhimmîs, ou comme un homme libre parmi les Dhimmîs. Donc si les (ennemis) la demandent en rançon d'un prisonnier (musulman), il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman y consente sans le consentement de ce Dhimmî. Et quant aux Musulmans, qu'ils soient hommes ou femmes, libres ou esclaves, il n'est point licite de les livrer en rançon pour un prisonnier (musulman), qu'eux-mêmes l'acceptent ou non, que leurs esclaves (musulmans) l'acceptent eux-mêmes ou non.

comm. Car la crainte de la peine de mort pèse autant sur ce Musulman livré que sur le Musulman (prisonnier) qu'on veut reprendre des mains des (ennemis), au contraire d'un Dhimmî (qu'on veut livrer en rançon), étant donné que celui-ci a les mêmes croyances religieuses que les (ennemis) et, selon toute apparence, ce (Dhimmî) ne consentira à être livré en rançon que s'il se sent en sécurité pour sa vie de la part de ces (ennemis).

• 3205. Si un ennemi en guerre se rend chez nous sous sauf-conduit et que les (autorités) ennemies demandent qu'on leur livre ce touriste venu sous sauf conduit
1555 mais que celui-ci le désapprouve et dise: * "Si vous me livrer à eux, ils vont me tuer", alors il ne faut pas le leur livrer.

comm. Car il jouit de la protection de notre part, et il aura le même (droit) qu'un Dhimmî, s'il désapprouve qu'on le livre en rançon (pour faire libérer un prisonnier musulman). En outre nous prévariquerions vis-à-vis de lui si nous l'offrions à la mort en le leur rendant; or il est interdit de prévariquer, que ce soit contre un étranger venu sous sauf-conduit, ou contre un Dhimmî ou un Musulman.

• 3206. Mais nous lui dirions: "Regagne ton pays ou va où tu veux sur la terre", pourvu que les (mécréants) qui demandent rançon du prisonnier musulman) se contentent de cela de notre part.

comm. Car le chef de l'Etat musulman a, vis-à-vis d'un étranger venu sous sauf-conduit, compétence (pour l'expulser), même quand il n'a a pas crainte de mort pour un prisonnier musulman.

Ne vois-tu pas que si un (étranger) prolonge son séjour (au-delà du délai prévu), on lui donnera ordre de partir? Donc en cas de crainte pour la vie d'un prisonnier musulman, ou quand on en paie la rançon en disant (à l'étranger de regagner lui-même le lieu de sa sécurité en dehors du territoire islamique) et que les (ennemis) y consentent, le (chef de l'Etat musulman) aura, à plus forte raison, compétence (pour le faire).

• 3207. Si les mécréants (ennemis) disent aux Musulmans: Extradez-nous cet (étranger venu chez vous sous sauf-conduit), sinon nous vous combattrons", et que les Musulmans ne soient pas de force contre eux, il ne faut néanmoins pas que les Musulmans le fassent.

comm. Car ce serait une trahison de la part des (Musulmans), chose qui n'est

point permise. Ce serait comme si les (ennemis) disaient: "Violez (1) cette femme, sinon nous vous combattrons". Mais les (Musulmans) peuvent dire à ce (réfugié ennemi): "Quitte le territoire islamique et va où tu veux sur la terre de Dieu".

• 3208. * Si les (Musulmans) lui disent: "Pars pour telle destination dans tel délai, sinon nous te livrerons à eux", et s'il dit: "Bon", puis qu'il ne parte pas, (alors il faut distinguer): Si cet étranger consent à ce qu'on le livre aux (ennemis), alors pas de grief à ce qu'on le livre; mais s'il le désapprouve, il ne faut pas le leur livrer.

comm. Car il jouit de la protection chez nous tant qu'il n'est pas parvenu à un lieu de sécurité pour lui.

Si l'on dirait: "Son séjour chez nous au-delà du délai accordé indique qu'il consent à ce qu'on le leur livre. Il nous faut donc traiter cela comme un consentement précis; et il faut que ce soit comme le cas suivant: Si le commandant (chef de l'Etat musulman) dit à l'étranger jouissant du sauf-conduit: Il faut que tu partes avant tel délai, sinon nous te prendrons pour un Dhimmî (sujet de l'Etat islamique); et si néanmoins il ne part pas, alors le (chef) le déclarera Dhimmî, car il y a dans la façon (d'agir de l'étranger) l'indice d'un consentement de sa part."

Nous dirions: Il en est bien ainsi; toutefois cet indice est susceptible (de doute); il n'est donc pas licite d'exposer cet homme au risque de mort sur la base d'un tel indice, tant qu'il n'aura pas précisé son consentement à ce qu'on le livre aux (ennemis). Quant au fait de le déclarer Dhimmî, (il n'y a en cela aucun risque de mort pour cet étranger), il s'agit là d'une décision qui s'établit malgré le doute. Il est donc licite, en pareil cas, de se fonder sur un indice suceptible (de doute).

• 3209. Si un ennemi qui (s'est rebellé) résiste au roi des ennemis dans une forteresse, puis qu'il nous demande la permission de devenir (Dhimmî), mais que les mécréants (ennemis) nous disent: "Si vous faites cela, nous vous combattrons et nous mettrons à mort vos prisonniers (qui sont chez nous)", si les Musulmans sont de force contre les (ennemis), alors le chef de l'Etat musulman acceptera la demande de cet (individu ennemi pour naturalisation) et ne fera pas attention à ce qu'ont dit les mécréants (ennemis);-

comm. Car devenir un Dhimmî, c'est un substitut de devenir Musulman, pour s'assujettir aux lois islamiques dans les affaires d'ici-bas.

• 3210. Si cet individu s'inclinait jusqu'à embrasser l'Islam, il n'y a point de doute-(autre leçon: **difficulté**)- qu'on l'accepterait de lui. Donc s'il veut contracter le pacte de naturalisation (dhimma), nous dirons qu'il faut l'accepter;-

suite: * Mais si les Musulmans ne sont pas de force à cet égard, et s'ils 1557
craignent pour leur propre sécurité, alors pas de grief à ce qu'on n'accepte pas sa demande (de devenir Dhimmî).

comm. Ne vois-tu pas que s'il embrasse l'Islam, il nous faudra lui porter

---

(1) Ainsi رءيتم dans le MS de Paris, coquille dans léd. où: رأيتم

secours au cas où les ennemis menacent les Musulmans (et avec aux ce convertis)? Il en sera donc de même si cet étranger sollicite le pacte de naturalisation (dhimma). (L'auteur veut dire: Il faudra protéger ce Dhimmî. On ne peut pas refuser la conversion à l'Islam, mais on peut refuser la demande de naturalisation, eu égard aux risque pour l'Etat islamique).

Si les Musulmans sont de force contre les (ennemis), sauf [1] qu'ils craignent la mise à mort de leurs prisonniers (gardés par les ennemis), alors néanmoins pas de grief à ce qu'on accepte la demande de cet étranger. Ce sera comme s'il embrassait l'Islam; et il sera donc nécessaire de lui porter secours, même s'il y a en cela crainte pour la sécurité des prisonniers musulmans.

Ne vois-tu pas qu'on n'abandonne pas la guerre contre les (ennemis) même quand il y a crainte de mise à mort des prisonniers musulmans? De même donc, pour un tel (risque), on ne laissera pas d'accepter sa sollicitation de devenir Dhimmî.

• 3211. A supposer que les (ennemis) disent: "Nous vous remettrons vos prisonniers, à condition que vous n'acceptiez pas que ce (rebelle) devienne Dhimmî (votre sujet)", alors dans ce cas il faut que le chef de l'Etat n'accepte pas la (demande de naturalisation) de cet [2] (étranger).

comm. Car libérer des Musulmans de la main des mécréants, pour en faire des combattants (actifs), qui défendront [3] (la sécurité du) territoire islamique, cela vaut mieux que de faire de cet étranger un sujet Dhimmî des Musulmans.

• 3212. Toutefois si le chef de l'Etat musulman accepte la proposition des (ennemis), de refuser la naturalisation de cet étranger et qu'ils libèrent les prisonniers musulmans, si par la suite ces ennemis ne parviennent pas à réduire ce
1558 (rebelle) assiégé, * et qu'à ce moment là cet assiégé demande (de nouveau) de devenir Dhimmî, nous accepterons cette demande.

comm. La raison en est celle que nous avons déjà évoquée, à savoir que la naturalisation (comme sujet non-musulman) est un substitut de l'Islamisation, en ce sens que cet homme s'assujettit aux lois (islamiques) dans les affaires d'Ici-bas. Et si ensuite les mécréants disent: "C'est une violation du pacte que vous avez conclu avec nous", on ne prendra pas en considération leur parole. Car nous ne molestons ni leurs personnes ni les biens en leur possession; et si cet assiégé leur oppose résistance, cette résistance ne nous impose pas la condition de nous abstenir d'accepter sa naturlasition. (L'auteur semble vouloir dire ceci: On a refusé la demande de cet étranger de devenir sujet musulman contre la libération des prisonniers musulmans, et ce refus de notre part a permis aux ennemis d'assiégér. S'ils ne réussissent pas, cela ne nous lie pas pour éternité. La nouvelle demande de naturalisation est un nouveau fait, qui n'a rien à faire avec l'ancienne contre laquelle

(1) Ainsi إلا أنهم dans le MS de Paris, l'éd. Portant: لأنهم

(2) L'éd, porte seulement ici le pronom pluriel, et nous nous sommes permis de le corriger; le MS de Paris a partout la pluriel: "Les rebelles" etc.

(3) Ainsi يذبون dans le MS de Paris, l'éd. Portant: يدنون

les ennemis avaient réagi et nous avaient proposé quelque avantage pour nous en dissuader).

• 3213. Si ce (rebelle) assiégé (nous dit): "Je ne veux pas devenir votre sujet Dhimmî, mais accordez -moi un sauf-conduit pour que je me rende chez vous", et si les mécréants (ennemis) nous disent: "Si vous le faites, nous mettrons à mort vos prisonniers", alors le chef de l'Etat musulman verra; si: Si ce que sollicite l'assiégé est bien pour les Musulmans, il l'acceptera; et s'il n'y a pas d'utilité pour les Musulmans, il ne l'acceptera pas.

comm. Car la chef de l'Etat est nommé pour veiller (aux intérêts des Musulmans). Mais si la Loi autorise en principe le pacte par lequel on accorde le sauf-conduit, ce n'est qu'en vue de l'utilité des Musulmans. Donc toutes les fois qu'il y a du tort pour les Musulmans, le chef de l'Etat musulman a la faculté de ne pas accepter d'accorder le (sauf-conduit sollicité).

• 3214. Si cet assiégé (nous) dit: "J'embrasse l'Islam et je veux sortir vers vous", et que les Mécréants disent aux Musulmans: "Si vous le faites, nous vous combattrons et mettrons à mort vos prisonniers", alors il incombe néanmoins aux Musulmans de donner à cet assiégé une réponse favorable, et il est égal que les Musulmans soient ou non de force contre ces (ennemis).

comm. (Chaibânî) signale la différence entre ce cas et cet autre, où l'(étranger) solliciterait seulement la naturalisation comme sujet non-musulman, alors que nous ne serions pas de force contre les (ennemis). La plupart de nos confrères (juristes hanafites) disent que: "En vérité il n'y a pas de différence entre les deux cas, car dans l'un comme dans l'autre cas, il nous incombe de nous porter au secours de cet homme,

• 3215. Si les Musulmans sont de force à le faire; au contraire s'ils ne sont pas de force, il ne leur est pas obligatoire d'accepter sa demande.

comm. Etant donné que la situation de cet assiégé, après sa conversion à l'Islam, ne sera pas meilleure que celle d'un prisonnier musulman aux mains des (ennemis). Or il nous incombe de porter secours au prisonnier et de combattre pour le libérer, quand nous avons la force de les combattre; et si nous ne l'avons pas, cela ne nous est pas obligatoire. Il en sera donc de même ici.

A noter que la conversion (de cet homme) à l'Islam est correcte même s'il la fait tout seul, tandis que la conclusion du pacte de naturalisation comme Dhimmî ne s'accomplit pas avec le (solliciteur) tout seul mais quand il ya aussi les (autorités) Musulmanes (comme deuxième partie).

Donc si les Musulmans ne sont pas de force contre les ennemis en guerre, il n'est pas obligatoire d'accepter la demande de cet homme." Mais (Chaibânî) signale 1559
* la différence, comme nous l'avons mentionnée, à savoir que la livraison de Musulmans en rançon des prisonniers musulmans n'est permis en aucun cas, que ces Musulmans-là l'agréent ou la désapprouvent (et que les Musulmans soient de force contre les ennemis ou non), tandis que la livraison de Dhimmîs en rançon est chose

permise si ceux-ci l'agréent. Il en sera donc de même ici: Il sera permis de ne pas accepter la demande de naturalisation (de cet homme) comme Dhimmî, si les (Musulmans) ne sont pas de force à défendre les Musulmans; mais il ne sera pas permis de refuser sa demande d'islamisation et ni de refuser de se porter au secours de cet homme, et cela à cause de sa conversion.

• 3216. Si c'est une vieille mécréante (ennemie) qui a été fait prisonnière, alors pas de grief à ce qu'on la relâche contre une rançon en argent.

comm. Car on n'attend plus de progéniture d'elle, et on ne craint pas de combat de sa part. Donc si on la libère contre de l'argent, ce n'est, en aucun sens, renforcer les mécréants pour combattre les Musulmans, ni immédiatement ni par la suite.

• 3217. Nous avons déjà mentionné que, quand les Musulmans ont besoin d'argent, Chaibânî autroise la libération des prisonniers mécréants contre une rançon en argent, vu que la situation est celle de la nécessité.

Ne vois-tu pas que quand la nécessité se fait sentir, il est même permis de leur vendre des armements? Il sera donc de même permis de livrer leurs prisonniers comme rançon. (L'auteur veut sans doute dire: Libérer leurs prisonniers contre une rançon en argent). La plupart de nos maîtres (Juristes) sont d'avis que le seul besoin d'argent n'y autoriserait pas, car cela impliquerai qu'on renonce, pour de l'argent, à la mise à mort, qui est un droit de Dieu. Et c'est en effet une chose non permise, comme (il n'est pas permis d'accepter de l'argent) de quelqu'un qui mérite la peine de mort, comme un apostat ou un adultère, (pour le relâcher).

En outre, cela montrerait aux mécréants que les Muslumans combattent par avidité pour l'argent. En aucun cas il ne faut donner cette (impression).

• 3218. Si le chef de l'Etat musulman capture des femmes et des enfants (ennemis) et les amène en territoire islamique, puis que les pères et les fils de ces prisonniers les rejoignent sous un sauf-conduit et disent: "Nous voulons vous les acheter", il ne faut pas les leur vendre, ni avant la distribution du butin ni après, sauf quand les musulmans ont grand besoin d'argent.

Cela selon l'avis de Chaibânî, mais selon la plupart des maîtres juristes, ce n'est pas licite en aucun cas, car ce serait accepter la rançon des prisonniers en argent, étant donné que c'est égal qu'on le fasse directement par la vente ou en acceptant de l'argent comme rançon.

• 3219. Certes si ces gens (venus sous sauf-conduit) disent: "Nous les achetons, nous les émancipons du joug de l'esclavage et nous les laissons sur votre territoire", alors pas de grief à cela. Car si on interdit de laisser les (prisonniers rentrer sur le territoire ennemi, c'est parce qu'ils renforcent les les mécréants, pour combattre les Musulmans, soit en presonne, quand les mineurs grandissent, (1) soit

(1) A lire: كبروا l'éd. Portant: كثروا

par la progéniture (dans le cas des femmes). Or ce sens n'existe point dans le cas présent.

• 3220. * De même qu'il est licite, pour celui qui obtient ces (esclaves) comme 1560
sa quote-part dans le partage du butin, de les émanciper, de même il lui est licite de
les vendre à des gens qui les émanciperont, que ce soit des Dhimmîs ou des ennemis venus sous sauf-conduit. Si les ennemis amènent quelques prisonniers musulmans et disent: "Nous voulons les donner en rançon contre tel et tel (des nôtres)", et si ceux qu'ils cherchent ne sont pas présents auprès du commandant et des Musulmans (de l'armée), mais que les (Musulmans) promettent que si les (ennemis) leur livrent ces prisonniers-là, ils leur livreront (plus tard, lors du retour en territoire islamique) ceux qu'ils recherchent, si les (ennemis) font confiance aux Musulmans en ce qu'ils promettent, et leur livrent ces pirsonniers-là, il est recommandé aux Musulmans de remplir ce qu'ils leur ont stipulé, quand ils seront rentrés sur le territoire islamique.

comm. Car c'est ce qu'ils se sont imposés. Or "les croyants (=Musulmans) honorent scrupuleusement leurs stipulations" (comme l'a dit le Prophète). En outre, s'ils négligeaient de remplir ces stipulations, les (ennemis) n'auraient puls confiance aux Musulmans par la suite, en des choses semblables, ce qui peut faire dut tort aux Musulmans.

Mais si les (Musulmans) ne le font pas, ils en ont la latitude (**fi sa'a**).

Car le but était de faire libérer les Musulmans, ce qui est acquis. Que les (ennemis) détiennent des prisonniers musulmans, c'est de la prévarication de leur part. Et les (Musulmans) ont stipulé ce qu'ils ont stipulé, pour qu'en contrepartie les (ennemis) renoncent à cette prévarication; une telle stipulation ne colle pas. (L'autreur veut dire: N'est pas obligatoire, étant donné qu'il fallait en principe faire cesser la prévarication sans rien donner en contrepartie, argument qu'il répète sans cesse).

• 3221. Toutefois si parmi ces prisonniers musulmans il y a des esclaves, et s'il paraît bon aux (Musulmans) de remplir la stipulation, il leur incombe d'envoyer aux (ennemis) la valeur (**litt.** les valeurs) de ces esclaves.

comm. Car les (ennemis) les avaient mis en lieu sûr, et donc en étaient devenus propriétaires. Par la présente stipulation (d'échange de prisonniers) nous leur avons donné immunité à propos de ceux de leurs biens (ici, les prisonniers-esclaves musulmans) qu'ils nous remettent. Or étant donné le fait que les esclaves sont musulmans, il est devenu impossible de les rendre aux (ennemis). Il s'impose donc qu'on rende aux (ennemis) la valeur de ces (esclaves) au contraire du cas des prisonniers de statut libre, car les (ennemis) n'en sont pas devenus propriétaires en les capturant.

• 3222. * A supposer que le propriétaire d'origine (=le Musulman) se présente 1561
pour récupérer (en postliminium) ces esclaves, il en aura la faculté, pour le même
montant de la valeur que les Musulmans (de l'armée) ont payé (**litt.** envoyé) aux

(ennemis). Si ce maître le refuse, les esclaves appartiendront à la communauté des Musulmans (=à l'Etat).

comm. Car leur valeur a été payée aux dépens du Trésor public. Ce sera donc comme si les Musulmans avaient acheté ces (esclaves) à ce montant de la valeur pour le Trésor Public.

• 3223. Si cette affaire de rançon concerne un esclave d'origine ennemie, qui a embrassé l'Islam, il sera considéré comme homme libre dès que les (Musulmans) l'auront acheté (aux ennemis) et en auront obtenu possession, -selon l'avis d'Abû Hanîfa- et il incombera au Trésor Public Musulman d'en payer la valeur aux mécréants.

1562 **comm.** Car dès qu'un esclave * embrasse l'Islam, il a droit à ce qu'on fase évanouir le titre de propriété que l'ennemi (non-musulman) avait sur lui.

• 3224. Si le (pacte de rançon) s'accomplit, le (titre de propriété de l'ennemi) s'évanouitra par l'émancipation (qu'acquerra l'esclave), et cela au même titre que si cet (esclave) s'était réfugié en notre territoire tout en contrariant (son maître). Toutefois la (libération) s'achèvera par l'ensemble de l'achat et [1] de la prise de possession.

comm. Car l'évanouissement du titre de la propriété de l'ennemi a lieu, de manière tangible (**hissan**)[2], à la livraison. Cela ressemble au cas que nous avons cité dans le **Siyar Saghir** (cf. **Mabsût**), à propos de l'esclave de l'ennemi, qui embrasse l'Islam et que son maître vend à un autre ennemi sur le territoire ennemi. Mais dans le cas de l'esclave qui était sur notre territoire et a été fait prisonnier, c'est le contraire, car le restant du droit de son maître (musulman) sera pris en considération. Donc, cette prise en considération du droit de ce (maître musulman) fait qu'on ne décidera pas la qualité d'homme libre de cet esclave (lors du pastliminium). Or un semblable (lien ou droit du maître) n'existe pas en l'esclave des ennemis quand il embrasse l'Islam.

• 3225. Mais selon l'avis de Chaibânî, les deux (èspèces d'esclaves convertis à l'Islam) sont pareils, étant donné que l'achat et la prise de possession sont la cause qui établissent le titre de propriété. Il n'est donc pas licite que cela annule le titre de propriété (de l'ennemi), au contraire du cas où l'(esclave) se réfugie chez nous en contrariant (son maître).

1563 **comm.** * Car cette (fuite) est cause qu'il est devenu maître de lui-même, par l'exercice de la force (**ghahr**). Or quand un esclave devient propriétaire de sa propre personne, il se libère de son maître. Voilà pourquoi si l'(esclave) se rend chez nous sous un sauf-conduit, (avec l'autorisation de son maître, et qu'il embrasse l'Islam), il ne se libère pas; toutefois on le vend et on en remet le prix à son maître (ennemi) quand celui-ci viendra le chercher. Car l'arrivée de cet esclave (chez nous) n'avait

(1) L'éd. a: أو nous suivons le MS de Paris ou: و

(2) Ainsi dans le MS de Paris, l'éd . portant: ما

pas pour but de contrarier (son maître). Donc il ne devient pas propriétaire de sa propre personne au détriment de son maître (ennemi).

• 3226. A supposer que les prisonniers musulmans qui se trouvent en la main des (ennemis) soient des gens de statut libre, mais que les maîtres des esclaves (obtenus en butin et) que les ennemis réclament (en échange de ces prisonniers libres musulmans) refusent de les vendre (au chef de l'Etat Musulman, pour qu'il les livre aux ennemis), si le chef de l'Etat est d'avis qu'il faut évaluer ces (esclaves) et en payer la valeur à leurs maîtres aux dépens du Trésor Public Central, et obliger ces (Musulmans) à cette (aliénation), pas de grief à cela, vu le besoin qu'on a de faire libérer les prisonniers musulmans de la main des (ennemis), et vu aussi que le refus de ces maîtres musulmans fait tort à tout le monde (**litt.** un tort général).

comm. Or nous avons déjà mentionné que le chef de l'Etat musulman a compétence, en pareil cas, pour imposer des interdictions au propriétaire de quelque chose.

• 3227. A supposer que ces esclaves (chez ces maîtres musulmans) aient été rendus **mudabbar** (libérables à la mort du maître) ou **umm walad** (femmes esclaves devenues mères de l'enfant de leurs maîtres, donc automatiquement libérables à la mort des maîtres), et que leurs maîtres refusent de les livrer, -ou même si ces esclaves ont embrassé l'Islam, - alors le chef de l'Etat musulman informera (1) les ennemis dont il a obtenu livraison des prisonniers (musulmans), du fait qu'il n'est plus possible de leur livrer leurs camarades (esclaves chez les Musulmans), mais que: "Si vous voulez, nous vous en remettrons le montant de la valeur".

comm. Car le (=le chef de l'Etat ou le commandant) a stipulé avec eux qu'il leur livrerait des esclaves (déterminés). Or ceux des esclaves qui se trouvent en la main des Musulmans sont devenus impossibles à livrer (étant devenus **mudabbar**, **umm walad** ou convertis à l'Islam); donc il leur en remettra la valeur. A noter que s'il le leur remet c'est pour qu'à l'avenir ils aient confiance en la parole des Musulmans, et qu'ils sachent que nous remplissons les sitpulations. Or ce but ne sera atteint que * quand ils auront acquiescé. S'ils acquiescent, il leur donnera le 1564
(montant de la valeur de ces prisonniers ennemis); sinon, ils n'auront rien. Car s'il envoie quand même cet argent aux ennemis, sans qu'ils aient acquiescé, ce sera de l'argent perdu, étant donné que le but n'aura pas atteint.

• 3228. Si un Musulman, membre de l'armée, domine un combattant ennemi sur le territoire belligérant, et le fait prisonnier, puis que le combattant ennemi lui dise: "Pactise avec moi sur la condition que je te donnerai cent dinars par lesquels je payerai la rançon de ma personne et tu me laisseras partir", alors il ne faut pas que ce (soldat musulman) le fasse en dehors de commandant.

comm. Car le captif est devenu prisonnier de guerre, et c'est le chef de l'Etat

(1) Ainsi يخبر dans le MS de Paris, l'éd. portant: يجبر

(le commandant) qui a compétence (**litt.** avis) pour disposer des prisonniers, sans qu'aucun membre de l'armée fasse perdre[1] au chef son opinion (sa compétence).

• 3229. Si néanmoins ce Musulman fait ce (pacte avec l'ennemi) et que l'autre sorte les cent dinars qu'il avait sur lui, alors il faut que le Musulman en prenne possession sans relâcher l'ennemi.

comm. Car les dinars qui se trouvent sur cet (ennemi) ont déjà été saisis (**de jure**) quand cet ennemi a été capturé. Il n'est donc pas permis à ce (soldat) de considérer une partie du butin (ici, des dinars) comme la rançon d'une autre partie (ici, le prisonnier); mais il faut que le (soldat musulman) amène tout cela devant le commandant.

• 3230. A supposer que les dinars ne se trouvent pas sur la personne de ce combattant ennemi, mais qu'il se rende près d'un fortin qui oppose de la résistance (aux Musulmans) et qu'il obtienne de ses occupants ces cent dinars, à titre soit d'emprunt soit de don, alors mieux vaut que les Musulmans rendent ces cent dinars à celui qui les a remis à ce (prisonnier ennemi), peu importe qu'il s'agisse là des biens mêmes de ce combattant (prisonnier) ou de ceux de quelqu'un d'autre.

comm. Car par la capture de ce combattant ennemi ces (dinars) n'ont pas été automatiquement saisis, étant donné qu'ils ne se trouvent pas sur lui; au contraire ils sont parvenus aux mains des Musulmans par la voie pacifique du sauf-conduit. Or nous avons déjà mentionné qu'il ne faut pas que le (soldat musulman) fasse perdre [2] la compétence au chef de l'Etat musulman en libérant le combattant ennemi.

• 3231. S'il est légalement impossible au (soldat musulman) de tout faire venir (= et le prisonnier et les dinars que celui-ci a empruntés aux occupants du fortin ennemi), il lui incombera de rendre les dinars et de faire venir le combattant ennemi auprès du commandant musulman, au contraire du cas précédent (où l'argent se trouvait sur le prisonnier). Car dans ce cas -là, il avait saisi les deux par l'exercice de la force; il avait donc légalement la faculté de faire venir les deux. Si le (soldat musulman) prend les dinars et relâche le combattant ennemi, puis qu'il apporte les (dinars) auprès du commandant pour lui raconter ce qui s'est passé, alors il faut que
1565 le commandant le parvienne de ne plus faire à l'avenir des choses pareilles, * mais il ne faut pas qu'il le punisse dès la première fois. Car son agissement a été dû à l'ignorance et il faut l'excuser, en appliquant cette parole du Prophète: "Pardonnez [3] aux gens de bonne prédisposition leur trébuchement". Que le (chef) prenne donc ces dinars et les dépose dans le butin des Musulmans, étant donné que ce (soldat) est parvenu à les prendre grâce à la puissance des Musulmans et grâce à une cause dont la base était l'exercice de la force.

• 3232. Si une autre armée de Musulmans capture par la suite le même

(1) Ainsi يفتات dans le MS de Paris, l'éd. portant: يعتاب

(2) A lire de même, فيفتات l'éd. portant: فيعتاب

(3) A lire أقيلوا l'éd. portant: أقيلوا

combattant ennemi et le ramène en territoire islamique, et que la promière armée dise: "Nous avons plus de droit sur lui, car c'est notre camarade qui l'a capturé puis l'a relâché (par ignorance)", elle ne pourra pas dire cela.

comm. Car un droit sur le capture ne se consolide pas avant la mise en sécurité. Or la mise en sécurité [1] a eu lieu, dans ce cas, de la part de la deuxième, et non de la première.

• 3233. Si ce combattant ennemi dit à la deuxième armée: "Vous n'avez rien à faire avec moi, car votre camarade un tel m'a accordé l'aman et m'a relâché", on ne fera pas attention à ce qu'il dit. Car il est déjà parvenu au lieu de sa sécurité (quand il s'est éloigné de la première armée sur le paiement de la rançon); et ainsi a pris fin l'aman qu'il avait obtenu d'abord.

Ne vois-tu pas ceci? Si le commandant musulman lui-même relâche ce (captif ennemi) en rançon de prisonniers musulmans, ou [2] s'il veut le combler de favur et le libérer gratuitement, ou encore s'il le libère contre quelque argent, de sorte que le (prisonnier ennemi) puisse atteindre son lieu de sécurité, et si les Musulmans le capturent encore une fois par la suite, il fera partie du butin. Il en est ainsi parce que le commandant a pactisé avec lui pour le rançonnement, sur la condition que ce (captif) jouirait de l'immunité (vis-à-vis des Musulmans) jusqu'à ce qu'il parvienne à un lieu de sécurité dans son pays, il jouira de la protection des Musulmans; mais après qu'il y sera parvenu, il n'y aura plus d'aman pour lui de la part des Musulmans. Si les Musulmans l'ont [3] capturé (de nouveau) avant qu'il ait atteint le lieu de sa sécurité et l'ont saisi, alors le commandant a le choix: s'il le veut, il laissera le pacte des cent dinars s'exécuter et le relâchera-mais je n'aime pas cela, car, en un sens, c'est libérer un prisonnier de guerre contre de l'argent; et s'il le veut, il le prendra pour butin, tout en restituant les cent dinars aux occupants du fortin, à qui on avait emprunté cette somme. Car tant qu'il n'aura pas atteint le lieu de sa sécurité, sa situation restera comme elle était au moment du pacte (de libération sur paiement des 100 dinars). Si le chef de l'Etat (commandant) avait pris connaissance de l'affaire au moment du pacte (de libération), il aurait le choix à son sujet, comme nous l'avons déjà mentionné. Donc il en sera de même ici. Et tout pouvoir provient de Dieu le Très- Haut.

(1) A lire واللحراز , l'éd. portant: والاحراز
(2) A lire أو , l'éd. portant: و
(3) A lire كان , comme dans le MS de Paris: l'éd. portant: كانت

1566 *** Chapitre (157)**

DU RANÇONNEMENT DES PRISONNIERS, LIBRES OU ESCLAVES, MOYENNANT ARGENT

• 3234. Si un Musulman ou un Dhimmî de statut libre a été fait prisonnier de guerre, et qu'il dise à un Musulman ou à un Dhimmî venu sous sauf-conduit (dans le territoire ennemi): "Paie ma rançon aux ennemis", ou: "Achète-moi à eux", si l'autre le fait et le ramène en territoire islamique, il sera homme libre, rien à faire contre lui.

comm. Car "le comportement du mandé est comme le comportement du mandant." Il en est ainsi parce qu'un homme libre ne devient propriété ni par la captivité ni même par l'achat. L'argent que le mandé dépenne sur la demande du mandant reste une dette [1] sur ce dernier, car le (touriste musulman) a revivifié la personnalité de ce (prisonnier) par l'argent qu'il a dépensé sur la demande de ce (prisonnier). Donc ce sera à l'instar du cas où quelqu'un qui est condamné à mort en vertu du talion demande à un autre d'arranger une composition avec les représentants du sang de la (victime de son meurtre) contre paiement de quelque somme, et que l'autre le fasse.

• 3235. Ce qui explique cela c'est qu'il a commandé (demandé) à l'autre de payer la rançon.(L'exécution de) cette commande est susceptible de deux sens: elle peut avoir été faite à titre de charité pour le prisonnier, ou à titre de prêt au prisonnier. Or quand les propos sont libres (sans précision et susceptibles de deux sens), on établit le moindre des deux. Donc on traitera ce (paiement) comme étant à titre d'emprunt de la part du prisonnier. L'autre a ainsi le droit d'exiger de lui tout ce qu'il a payé au titre de la rançon, ne dépassant pas le prix légal du sang humain (=100 chameaux).

1567 • 3236. * Si ce que l'autre a payé comme rançon dépasse le prix légal du sang, il ne le récupérera sur le prisonnier que dans la mesure du prix légal du sang, et pas plus.

comm. On dit que si l'on déduisait la loi à partir du principe énoncé par Abû Hanîfa, cet homme (touriste) pourrait récupérer tout ce qu'il a payé, que ce soit peu ou prou. Car Abû Hanîfa considère que, lors d'une délégation, la direction est inconditionnelle.

• 3237. Mais il est plus correct de dire que l'autre règle représente l'avis unanime de tous les maîtres juristes.

Car **au fond** il ne s'agit pas ici d'une délégation pour l'échange de commodité (**mubâdala,** étant donné que la contrepartie de la rançon est un prisonnier de statut libre et non une chose). **Quant à la forme,** bien que ce soit une délégation pour

(1) A lire دين comme dans le MS de Paris, l'éd. portant: [illegible]

acheter (le prisonnier)-et Abû Hanîfa admet qu'on puisse nommer un délégué pour faire l'achat-cela ne contrarie pas l'avis des Deux Disciples (Abû Yûsuf et Chaibânî) qui disent que lorsque la (délégation) est ici conditionnelle, l'achat s'exécute sur la base de la valeur réelle (de la marchandise). Or la valeur d'un homme libre est égale au prix du sang. Donc quand il y a une commande inconditionnelle pour payer la rançon, il incombera au (délégué) de la payer au taux du prix du sang et pas plus. Donc s'il paye davantage, il sera pour l'excédent considéré comme ayant fait une charité sans avoir reçu la commande (demande) de le faire. Par conséquent, ce (délégué) récupérera sur le (prisonnier) dans la mesure du prix du sang et pas plus.

Si l'on disait: "Si le (délégué) a agi, dans ce contrat (de délégation), conformément à la directive, il faut qu'il puisse récupérer tout ce qu'il a payé comme rançon; et s'il l'a fait à l'encontre de la directive du (prisonnier), il faut qu'il n'en récupère rien. Que ce soit à l'instar d'un délégué à l'achat, qui irait à l'encontre (des pouvoirs) et achèterait une chose pour plus que sa valeur et avec une perte énorme". Nous dirions: Ceci tiendrait si ce contrat était celui d'une compensation (**mu'âwada**)
à titre * d'échange de commodité (**mubâdala**). Or ce n'est pas ainsi ici, [1] étant 1568
donné qu'un homme libre et musulman n'est pas susceptible d'être une chose (=une commodité, une marchandise); au contraire il s'agit ici d'une affaire d'emprunt (fait par le prisonnier) à celui qu'il a mandé, pour une somme ne dépassant pas le prix du sang, affaire dans laquelle le (prisonnier) demende que l'autre dépense cette somme comme sa rançon. Donc cet homme aura prêté au (prisonnier) une somme de ce montant et, pour l'excédent, il sera considéré comme ayant fait une charité. Donc il récupérera ce qu'il a prêté et. non ce dont il a fait charité:

• 3238. Sur la même base, si le prisonnier dit à un (Musulman venu sous sauf-conduit): "Obtiens ma libération contre paiement de ma rancon dans la limite de mille dirhams", et que le mandé n'y réussisse pas jusqu'à ce qu'il ait ajouté encore quelque chose, alors il ne pourra récupérer que les mille (dirhams).

comm. Car le créancier récupère ce que débiteur a demandé de prêter. Or celui-ci n'a demandé que mille (dirhams). C'est le contraire dans le cas d'un achat. Car dans ce cas le délégué à l'achat est comme quelqu'un qui obtient le titre de propriété de quelque chose, puis cède ce titre à celui qui lui a demandé (d'acheter); donc il récupère ce par quoi le titre de propriété a été obtenu. A supposer qu'il y ait divergence (sur la prix entre le principal et le dêlegué), le (délégué) ne cède pas le titre de propriété, donc il ne récupère pas non plus le prix (mais garde la marchandise s'il le veut).

• 3239. Si le prisonnier demande au (Musulman venu sous sauf-conduit (**litt.**: à celui qu'il a mandé): "Obtiens ma libération contre la rançon que tu trouveras bonne", ou: "...que tu voudras", ou: "La décision sera valide pour la rançon que tu paieras pour moi", alors l'autre pourra récupérer la rançon qu'il aura payée, que ce soit peu ou prou.

(1) A lire لذلك comme dans le MS de Paris. l'éd. portait [illegible]

comm. Car le (prisonnier) a précisé dans sa délégation (**tafwid**) quelque chose de général. Donc il conforme à la commande tout ce que l'autre paiera pour la rançon du (prisonnier), que ce soit peu ou prou.

• 3240. Si le prisonnier (chez les ennemis non-musulmans) est un esclave **mukâtab** (en instance de libération par contrat, moyennant paiement de sa valeur au maître) et qu'il dise au mandé: "Paye pour ma rançon la somme (nécessaire)", c'est chose valide, et ce **mukâtab** sera tenu à rembourser immédiatement (au retour sur le territoire musulman);-

comm. Car dans le fait qu'on verse de l'argent pour sa rançon, ily a, **de jure** sa revivification;-

• 3241. Et cet (esclave **mukâtab**) sera tenu à rembourser pareille somme immédiatement (sans attendre son émancipation).

Ne vois-tu pas que si un condamné à mort en vertu du talion entre en composition (avec les parents de sa victime)- ou même s'il demande à quelqu'un de
1569 conclure une (composition); *le (condamné) sera tenu immédiatement (au remboursement)? Il en est ainsi parce qu'un **mukâtab** a plus de droit à ses gains pour ce qui concerne ses besoins; et ici il sera comme un homme libre au sujet de ses frais de vivres.

• 3242. A supposer que ce (**mukâtab**) devienne incapable de remplir le contrat l'émancipation (avec son maître d'origine) avant d'avoir remboursé la rançon payée (par ce tiers), de sorte qu'il redevienne esclave ordinaire (de son maître d'origine), on le vendra pour payer cette rançon-là.

Car elle constitue une dette dont l'obligation du remboursement est évident, aux dépens du maître d'origine. Donc on vendra ce (**mukâtab**) pour cette (dette) après qu'il sera devenu dans l'incapacité de remplir le contrat d'émancipation (vis-à-vis de son maître d'origine).

• 3243. La valeur d'un esclave-**mukâtab,** à ce propos, est comme le prix du sang à propos d'un homme libre.

comm. Car lorsque le (**mukâtab**) est victime d'un délit, il incombe (au coupable) de payer la valeur (de ce **mukâtab**). Donc ici aussi il incombera de payer sa valeur. Toutefois la différence entre les daux (le **mukâtab** et l'homme libre) est que le prix légal du sang (d'un homme libre) est chose connue par le texte de la loi; donc, (en cas de rançon) il n'incombe rien de plus, que l'excédent soit peu ou prou. Au contraire la valeur (d'un esclave) est connue seulement par supputation (**harz**) et estimation approximative (**zann**). Donc si le (camarade) paye une rançon supérieure à la valeur de cet (esclave), mais si peu qu'on peut se tromper dans de pareilles choses, le (camarade) pourra récupérer sur lui tout ce qu'il aura payé, étant donné que dans ce cas l'excédent n'est pas dégagé avec certitude (au contraire du cas du prix du sang). Mais ce sera le contraire si l'excédent est si grand qu'on ne peut pas s'y tromper.

• 3244. Si le **mukâtab** (prisonnier) dit: "Paye ma rançon jusqu'à cinq cents (dirhams), alors que le valeur de cet esclave est de mille dirhams, et que son (camarade) verse pour sa rançon mille dirhams ou plus, celui-ci ne pourra récupérer sur le **mukâtab** que cinq cents (dirhams).

coomm. Car le (**mukâtab** -prisonnier) a demandé ici le prêt d'une somme nommée. Donc on considérera que le (camarade) a prêté cette somme, et a fait charité de l'excédent. * On prend en considération la valeur (de l'esclave) quand il n'y a pas eu de précision sur le montant de l'emprunt; mais lorsqu'il y en a eu la précision, alors on ne prend pas en considération la valeur (de l'esclave, mais la somme nommée par lui). 1570

• 3245. Si le (prisonnier) a dit: "Paye-leur cinq mille (dirhams) pour la rançon", et que sa valeur soit de mille dirhams seulement, alors en déduisant la loi à partir du principe énoncé par Abû Hanîfa, toute cette somme (=5000 drm.) collera au **mukâtab** (-prisonnier) comme faisant partie du prix de sa libération au titre du contrat avec son maître d'origine. Mais selon l'avis de Chaibânî, on lui réclamera-avant qu'il soit émancipé (contre paiement de sa valeur à son maître d'origine)- seulement jusqu'à la limite de sa valeur réelle, et quant à l'excédent on ne le lui réclamer qu'après son émancipation. Et cela sur la base du principe bien connu, à savoir que l'esclave libérable contre paiement de sa valeur (=le **mukâtab**) ainsi que l'esclave autorisé par son maître à mener un commerce (=le **ma'dhûn**) sont, selon Abû Hanîfa, dans les questions d'achat et vente avec perte énorme, au même titre qu'un homme de staut libre; tandis que selon Abû Yûsuf et Chaibânî ces deux espèces (d'esclaves) n'ont pas la faculté de faire des ventes et des achats avec des pertes énormes. Il en sera donc de même à propos du rançonnement du prisonnier:

comm. Selon Abû Hanîfa, on considérera ce (**mukâtab**) comme un homme libre; donc son camarade (**litt.** le mandé) récupérera sur lui toute la somme que ce (**mukâtab** -prisonnier) a nommé, car il est comme l'emprunteur de cette somme à ce (camarade). Mais selon l'avis d'Abû Yûsuf et Chaibânî, il n'a pas la faculté de faire une vente à perte énorme, comme il n'a pas la faculté de faire des dons; donc sa directive (pour payer sa rançon cinq fois plus que sa valeur) sera, dans la mesure de la valeur, correcte et prise en considération pendant qu'il reste esclave (**mukâtab**), et l'excédent sera traité comme un don ou une garantie (**kaffâla**) offerte par lui. Puisqu'on ne prend pas un esclave-**mukâtab** pour responsable de la garantie qu'il offre jusqu'à ce qu'il soit émancipé de l'esclavage. De même donc ici, le mandé n'aura pas la faculté de lui réclamer l'excédent de la valeur de cet (esclave-prisonnier) tant que celui-ci ne sera pas émancipé de l'esclavage.

* Si quelqu'un paye la rançon d'un homme libre ou d'un **mukâtab** mais sans que ce (pirsonnier) le lui ait demandé, alors chacune de ces deux catégories (de prisonniers) restera à son **statu quo ante**; donc celui qui verse la rançon (pour lui) n'en saura récupérer quoi que ce soit sur lui. 1571

Car dans aucune de ces deux catégories l'esclave ne devient propriété (de

l'ennemi) par la captivité, (1) (et ne peut donc devenir ensuite esclave de celui qui le rachète à l'ennemi); par conséquent, celui qui paye la rançon ne le fait qu'à titre de charité.

• 3246. Si le prisonnier est un **mudabbar** (libérable à la mort de son maître) ou une **um walad** (qui a donne naissance à un enfant pour son maître) -peu importe si cet esclave était autorisé par son maître à mener un commerce ou si cela lui a été interdit- et que ce (prisonnier) demande à quelqu'un de verser sa rançon à l'ennemi, et que l'autre paye la rançon-qui peut être égale à la valeur du prisonnier-esclave ou même supérieure-alors le (libérateur) aura l'obligation de rendre ce (prisonnier-esclave) à son maître d'origine.

comm. Car un **mudabbar** ou une **umm walad** ne deviennent pas propriété (=esclave) par la captivité.

• 3247. Par la suite ce (libérateur) ne pourra récupérer sur eux quoi que ce soit de la rançon (payée par lui) jusqu'à ce que l'un et l'autre (le **mudabbar** et l'**umm walad**) s'émancipent. En ce qui concerne le cas où des esclaves d'une de ces deux catégories ont été placés dans l'interdiction de mener un commerce (**mahjûr 'alaihim**), la règle énoncée n'est pas difficile à comprendre;-

comm. Car leur acte (de s'endetter) ne lie pas leur maître;-

• 3248. Quant au cas où ils sont autorisés à mener un commerce, cette autorisation s'annule dès qu'ils quittent la main possédante de leur maître pour entrer dans une autre main dominante (=celle de l'ennemi qui les a capturés), comme cette autorisation s'annule si l'esclave s'enfuit de chez son maître.

comm. Car l'argent payé en rançon pour libérer la personne (du prisonnier) est comme l'argent qu'on verse pour faire une composition (**sulh**) lors d'une condemnation à mort en vertu du talion. Un esclave autorisé à mener un commerce et un autre qui en est empêché sont égaux à ce propos (de composition): on ne peut leur réclamer qu'après leur émancipation le montant de la composition qui est intervenue contre la peine de mort en vertu du talion.

(Revenons au cas de la rançon des prisonniers esclaves). Donc quand ils seront émancipés de l'esclavage, le payeur de la rançon leur réclamera le montant de la rançon payée, sauf s'il les a achetés contre une rançon excédent tellement leur valeur qu'on ne pouvait pas se tromper sur cette perte énorme, auquel cas il ne pourra pas leur réclamer l'excédent.

Car on prend en considération la directive donnée par ces deux catégories d'esclaves (le **mudabbar** et l'**umm walad**) de la même façon que celle d'un esclave-**mukâtab**. Or nous avons déjà mentionné que si la directive est inconditionnelle, on fixe le montant (de rançon) dans la limite de la valeur (du **mukâtab**). De même donc ici.

(1) Ainsi بالأسر dans le MS de Paris, l'éd. portant: بالأسر

• 3249. * A supposer que ce soit le maître (du **mudabbar** ou de l'**umm walad**) 1572
qui demande à homme, qui est allé chez les ennemis sous un sauf-conduit de payer la rançon des deux ou de les acheter (à l'ennemi), et qu'il dise: "Achète les deux", ou: Paye la rançon des deux", mais qu'il n'ajoute pas: "Pour moi" (=sur mon compte), si l'autre paye la rançon dans la mesure de leur valeur ou l'excédent légèrement, il saura néanmoins récupérer tout cela sur le maître d'origine.

comm. Car l'un et l'autre des deux esclaves continuent de rester la propriété de ce maître. Donc si le maître demande à cet homme de payer la raison de la propriété (à lui, maître des esclaves), ce sera comme s'il empruntait la somme à cet homme. Ce sera comme si un homme de statut libre lui demandait de payer sa rançon. La raison en est que la rançon après la captivité est à l'instar du prix d'une composition après la condemnation à mort en vertu du talion. En effet la directive du maître est prise en considération pour la vie (=sauvetage, libération) de son **mudabbar** et de son **umm walad,** étant égal qu'il ait attribué (=pris la somme) à son compte ou non.

• 3250. Si celui qui donne la directive et celui qui la reçoit divergent (à propos du rançonnement), dans tous les points que nous avons mentionnés, et si le premier dit: "Je t'avais dit de payer ma rançon telle somme" et que l'autre dise: "Non, mais tu m'as demandé pour telle somme"- qui est supérieure à l'autre chiffre, -alors c'est la parole du mandant, parole accompagnée de serment, qui prévaudra.

comm. Car la directive a émané de lui. S'il niait toute l'affaire ce serait sa parole qui prévaudrait. Il en sera donc de même s'il avoue une somme moindre que l'autre.

• 3251. Si le mandant dit: "Je t'avais demandé de payer ma rançon avec la somme que tu dis, mais en fait tu as payé ma rançon avec une somme moindre", alors aussi c'est la parole du mandant qui prévaudra.

comm. Car c'est comme s'il avait emprunté cette somme au mandé (du paiement de la rançon). Or quand il y a divergence entre les deux parties au sujet du montant du prêt, et que le créancier affirme un excédent, alors c'est à lui de produire la preuve; et si l'emprunteur nie l'excédent, c'est sa parole, accompagnée de serment, qui prévaudra.

• 3252. Si un esclave-**mukâtab** est fait prisonnier et que son maître demande à
quelqu'un: "Achète-le pour moi", ou: "Paye sa rançon sur mon compte * pour mille 1573
dirhams", ou s'il dit même: "Paye sa rançon pour moi sur mes biens", et que l'autre le fasse, celui-ci récupérera la rançon sur celui qui la lui a demandé, et rien ne grèvera le **mukâtab.**

comm. Car le (**mukâtab**) n'a rien demandé. Si un homme donne une directive, dans laquelle il s'attribue à lui-même le contrat, ou la somme à payer, il se déclare garant de cette somme. C'est comme un plaisantin (**fuduli**) qui se mêlerait d'un affaire de **khul'** (où une épouse offre à son mari quelque avantage pour qu'il divorce avec elle) ou d'une composition dans un cas de peine de mort en vertu du talion et qui offrirait ses propres biens (en faveur de l'épouse ou du condamné à mort), il

sera tenu pour responsable de la somme garantie (et rien ne grèvera l'épouse ou le condamné). Il en sera donc de même ici.

• 3253. A supposer que dans ce cas il n'ait pas dit: "pour moi", mais qu'il ait dit seulement: "pour mille dirhams", il faut distinguer: Si le mandé est un partenaire **(khalît)** en affaires pour ce mandant, ce sera de même;-

comm. Car la qualité de partenaire, qui existe entre les deux hommes, fait que (la somme demandée) devient comme si le mandant l'ait attribuée à sa personne et même quelque chose de plus fort que de telle attribution, et prend le sens d'un emprunt;-

• 3254. Mais si ce ne sont pas des partenaires, alors l'autre aura payé cette rançon à titre de charité.

comm. Car le (maître) lui a indiqué une cause où l'autre puisse faire la charité; donc le (maître) ne s'est fait responsable d'aucun dédommagement, et n'a rien indiqué en ce sens.

• 3255. De même si le prisonnier est un homme libre ou une femme libre, et que le mandant (du rachat) soit l'époux de cette femme ou un proche parent à elle, ou même un étranger, alors dès qu'on s'attribue à soi-même un contrat ou une somme à payer, on devient responsable et garant de la somme; et quand il n'y a pas cette attribution, il en sera encore de même si le prisonnier est, en affaires, le partenaire du mandant. Seulement s'il n'est pas le partenaire du mandé, alors la directive sera un simple conseil, (une suggestion) de charité; donc l'autre ne pourra rien récupérer.

1574 • 3256. * Si le prisonnier est un mineur et si son père dit à quelqu'un: "Paye sa rançon pour moi", ou: "...sur mes biens", le mandé récupérera sur ce père le montant de la rançon;-

comm. Car le (père) s'est porté garant de cela;-

•3257. Mais par la suite le père ne pourra pas récupérer cette somme sur les biens du fils, selon l'équité; mais selon le raisonnement analogique, il pourra la récupérer, étant donné que le (père) est le gardien de son (fils mineur).

C'est un nouvel exemple (du contraste entre le) raisonnement analogique et l'équité, comme ce cas où un père marie son fils [1] avec une jeune femme et se porte garant du salaire d'honneur du mariage (**mahr** payable à la mariée): s'il le verse sur ses propres biens, il pourra le récupérer sur les biens de son fils, selon le raisonnement analogiue, mais selon l'équité il ne pourrait pas le récupérer.

comm. Car la pratique évidente est que les pères font gratuitement les dépenses de ce genre, et ne sont pas avides de les récupérer. Il en sera donc de même en ce qui concerne la rançon du prisonnier (mineur par son père).

---

(1) A lire ابنه comme dans le MS de Paris, l'éd. portant: أبنه

• 3258. Si ce père meurt avant d'avoir remboursé cette somme (de la rançon), elle grèvera ses biens comme une dette, eu égard à la garantie qu'il a donné à ce propos.

comm. Toutefois les hértiers du défunt récupéreront cette somme sur les biens de ce fils (qui a été racheté), en déduisant la règle à partir du cas du salaire d'honneur du mariage, quand le père, après s'en être garant, est mort avant le remboursement, et qu'on a récupéré cette somme sur les biens laissés par lui, (pour faire ensuite payer cette somme par le fils). Le point juridique dans les deux cas est que cette garantie de la part du (père) est comme une bienfaisance de sa part à l'égard de son fils, mais la bienfaisance (=le don) ne s'accomplit que si l'on en obtient possession. Donc si le (père) meurt avant le paiement, ce sens de bienfaisance s'évanouit et le (don) devient comme un legs (du (père à son fils) par voie de testament. Or il ne peut y avoir de legs, pour celui qui hérite de droit, (comme l'a dit le Prophète).

• 3259. * Lorsque le père a, de son vivant, payé cette (rançon), s'il a fait 1575
attester qu'il l'avait versée pour le récupérer ensuite sur son fils, (ce sera valide) tout comme pour le salaire d'honneur du mariage.

comm. Il en est ainsi parce qu'on ne prend en considération la coutume (**'urf**) que quand le contraire n'est pas précisé expressément.

• 3260. Si le (Père du prisonnier) a dit à son mandataire: "Paye sa rançon" sans ajouter "pour moi", il faut distinguer: Si ce (mandatairè) est son partenaire en affaires, alors ce cas et le précédent son pareils;-

comm. Car la qualité de partenaire, qui existe entre eux, est l'indice qu'il s'agit ici d'un emprunt, et cela au même titre que s'il s'était attribué le contrat à lui-même (et avait dit: "Paye pour moi");-

• 3261. Mais s'il n'est pas son partenaire, le libérateur qui a versé la rançon aura la faculté de poursuivre [1] personnellement le garçon libéré, mais ne pourra rien faire contre le père.

comm. Car un père peut valablement donner des directives concernant son fils mineur, et prisonnier peut également s'accuper de sa propre affaire, s'il est majeur; [2] dans ces cas il ne sera pas possible de rien récupérer sur le père, étant donné que le père s'est fait porte-parole (**mu'abbir**) de son fils et non son garant en quoi que ce soit, vu qu'il a donné la directive pour la rançon, de façon libre (inconditionnelle et sans préciser sa garantie). Ce sera à l'instar du mariage: Si le père accepte le mariage au nom de son fils mineur, le salaire d'honneur du mariage (en faveur de la mariée) incombera au fils (au mari) et non au père. Il en sera donc de même ici.

---

(1) Sans doute faut-il lire ainsi [illegible] l'éd. portant: [illegible]

(2) C. -à-d. le père du mineur et le prisonnier adulte tous les deux échapperont à la responsabilité du remboursement, s'ils demandent le paiement de rançon mais ne précisent pas leur responsabilité.

• 3262. Si le prisonnier délègue quelqu'un pour dire à un homme venu sous sauf-conduit (sur le territoire ennemi) de payer sa rançon aux ennemis, et si le délégué ait dit au voyageur sous sauf-conduit: "paye sa rançon pour moi aux ennemis", ou: "...de mes biens", et que l'autre la fasse, alors la personne mandatée ne pourra récupérer la rançon que sur le délégué.

comm. Car dès que le (délégué) s'attribue à lui-même le contrat ou l'argent à verser, cet argent en faveur du prisonnier se colle à lui, au même titre que si le
1576 (délégué) * avait emprunté l'argent à ce (libérateur qui paye la rançon). Donc ce dernier récupérera (l'argent) sur le (délégué) et non sur le prisonnier, étant donné que le contrat n'a pas été passé entre eux deux (=le prisonnier et le libérateur). Toutefois le délégué aura la faculté (à son tour) de récupérer (l'argent) sur le prisonnier.

• 3263. Il en sera de même si le délégué (du prisonnier) ne dit pas: "...pour moi", mais que la personne mandatée soit le partenaire en affaires de ce délégué. Car l'existence de la qualité de partenaire entre eux fait comme si le (délégué du prisonnier) s'attrribuait à lui-même le contrat (de rançonnement) ou l'argent à payer. Mais si ce ne sont pas des partenaires, alors la personne mandatée ne pourra rien réclamer au délégué (mais directement au prisonnier).

comm. Car le (délégué) est le porte-parole de celui qui l'a délégué (=le prisonnier) et à qui il attribue le contrat, en vertu de sa parole: "Paye la rançon d'un tel".

• 3264. En effet aucune responsabilité financière ne pèse sur le porte-parole, et l'argent payé par la personne mandatée sera à la charge du prisonnier.

comm. Car la parole de son délégué est comme la sienne. Ce sera comme si c'était lui-même qui avait donné en personne la directive. Il en est ainsi parce que, quand un délégué s'attribue à lui-même un contrat, on ne considére pas que ce soit le prisonnier qui ait conclu le contrat avec la personne mandatée (pour le rachat) eu égard au fait que le délégué est seulement le porte-parole, et le prisonnier la vraie partie contarctante.

• 3265. Cela ressemble au cas du délégué pour un divorce-**hul'** (où la femme propose des avantages à son mari pour obtenir le divorce): si le délégué se porte garant de l'argent, le mari n'aura de recours que contre le délégué et non contre sa femme; mais si le (délégué) ne se porte pas garant, le (mari)aura un recours contre la femme et non contre le délégué, pour la raison que nous avons évoquée. Si le prisonnier est un esclave ou une esclave, et demande à quelqu'un venu chez les (ennemis) sous sauf-conduit de le racheter ou de payer sa rançon aux (ennemis), et que l'autre le fasse dans la mesure, plus ou moins, de la valeur de cet (esclave-prisonnier), ce sera chose valide, et ce (prisonnier) deviendra l'esclave de cet echeteur.

comm. Car les (ennemis) sont devenus propriétaires de ce (prisonnier), en le mettant en sécurité.

• 3266. * Si cet homme (qui est allé sous sauf-conduit) leur achète cet (esclave-prisonnier) sans lui demander son avis, ce sera comme s'il l'achetait pour lui-même. Il en sera donc de même s'il l'achète après l'avoir consulté, (et l'esclave sera propriété de cet acheteur). 1577

comm. Car le mot de l'(esclave): "Achète-moi" implique que c'est après consultation.

Ne vois-tu pas que si cela avait lieu sur le territoire islamique, et s'il achetait à son maître, il l'achèterait pour lui-même, peu importe si on avait consulté l'Iesclave ou non (**litt.** avant ou après cette consultation)?

• 3267. Puis quand ce (touriste musulman) ramène cet (esclave-prisonnier), le maître d'origine de cet (esclave) aura le choix: s'il le veut, il le reprendra contre le prix payé; et s'il le veut, il renoncera à son (esclave). Si cet (esclave-prisonnier) dit au (touriste musulman): "Achète-moi aux ennemis pour moi-même", ou; "Paye ma rançon pour moi-même", et si le (prisonnier) informe les (ennemis) qu'il se rachète pour lui -même, et que le (touriste) l'achète dans la mesure de la valeur de l'esclave ou avec une légère perte, alors l'esclave deviendra homme libre, pas de voie contre lui;-

Car il a nommé cette personne mandatée (=le touriste) comme son représentant (**nâ'ib**) à lui.

• 3268. En effet si un homme autre que (le prisonnier) nommait ce (touriste) comme son représentant pour faire quelque achat, le (représentant) n'achèterait que pour celui dont il est le représentant, et l'on considérerait que c'est le principal, celui qui a nommé un représentant, qui en personne a conclu le contrat (d'achat). Donc ici aussi, pour ce contrat d'achat, le prisonnier esclave sera considéré comme s'il s'était racheté à son propriétaire; donc il deviendra homme libre;-

suite: Certes, par la suite, la personne mandatée récupérera le montant de la rançon sur cet (ex-) esclave.

comm. Car s'il a fait un achat pour [1] un esclave, c'est comme s'il le faisait pour n'importe quel autre étranger sur sa demande. Et comme dans ce dernier cas, si la (personne mandatée) paye le prix de l'achat sur ses propres biens, elle a le droit de le récupérer sur celui qui le lui a demandé, dans le cas en discussion aussi, cette personne mandatée pourra avoir recours contre celui qui le lui a demandé, étant donné que la demande de cet (esclave) pour lui-même est chose valide; et ce sera comme s'il avait emprunté cette somme à ce (libérateur touriste).

• 3269. * A supposer que cet esclave soit un **mudabbar**, un **mukâtab** ou une **umm walad** (espèces d'esclaves dont on a déjà parlé), et que le reste des circonstances soit le même, il ne deviendra pas homme libre. 1578

comm. Car les (ennemis) ne sont pas devenus ses propriétaires, malgré sa mise en sécurité, mais il continue de rester esclave de son maître (d'origine).

(1) A lire لنفسه selon le MS de Paris, l'éd. portant. العبد

Ne vois-tu pas que, même si l'ennemi (propriétaire de cet esclave- pirsonnier) l'émancipait, cette émancipation ne serait pas exécutoire (lors d'un postliminium éventuel)? De même, si cet ennemi embrassait l'Islam, il lui incomberait de rendre cet esclave à son propriétaire d'origine, au contraire du cas précédent (=en discussion). Donc il est égal que cet (esclave- prisonnier) dise: "Achète-moi", ou: "Achète-moi pour moi-même": si le (touriste-acheteur) le ramène (sur le territoire islamique), il faut qu'il rende cet (esclave) à son maître d'origine, sans rien lui demander.

Car l'acheteur, dans ce cas, paye la rançon à titre de charité, sans que le (maître de cet esclave libérable) le lui ait demandé. Donc le (touriste- acheteur) ne pourra avoir recours contre lui en quoi que ce soit.

• 3270. Si un esclave ordinaire ou une esclave dit à la personne mandatée (= au touriste musulman): "Achète-moi pour moi- même", mais qu'il n'ait pas informé les ennemis qu'il se rachetait pour lui-même, alors il deviendra esclave de celui qui l'achète.

comm. Car (la mise en sécurité fait qu'il est devenu de droit l'esclave de l'ennemi, aucun lien ne le rattache de son propriétaire d'origine. Donc) lors de cet achat (par le touriste), il n'a pas la capacité d'acheter un esclave (c.-à-d. de se racheter, vu qu'il est un esclave et non un homme libre), étant donné qu'il n'en informe pas son propriétaire (ennemi). La raison en est que si le (touriste) achetait cet (esclave) pour l'esclave lui même, ce sera l'émancipation de [1] (cet esclave-prisonnier) avec, comme conséquence, établissement de liens d'émancipateur (wilâ) pour le maître (ennemi), étant donné que le lien d'émancipateur s'établit sur le territoire ennemi comme s'y établit une généalogie. Donc si l'esclave s'achète lui-même, ce sera comme s'il obtenait une propriété pour lui-même. Puisque cet (esclave) n'en informe pas le maître (ennemi), il n'y a consentement du maître ni pour l'émanciper ni pour s'imposer le lien d'émancipateur vis-à-vis de cet (esclave). Et l'on sait qu'on ne peut imposer le lien d'émancipateur à personne sans son consentement. Mais ce serait le contraire si l'(esclave) avait informé son maître (ennemi) du (fait du rachat). Si le (touriste musulman) l'achète à l'(ennemi) pour un prix excédant tellement la valeur réelle qu'on n'ait pas pu se tromper sur une telle perte.

• 3271. Et si même il informe [2] aux (ennemis) qu'il l'a acheté pour le (prisonnier) lui-même, le (prisonnier) deviendra esclave de l'acheteur (-touriste).

comm. Car une simple demande d'achat, sans plus, sera considérée un achat, dans la limite de la valeur réelle (du prisonnier esclave) ou un peu au-dessus. Cela à
1579 l'instar d'un mandant autre que le (prisonnier). * Donc si le (délégué) l'achete pour

---

(1) Nous suivons le MS de Paris où: يكون أعتاقا يعقب الولاء للمولى، والولاء يثبت
l'éd. portant يكون إستحقاق الولاء للمولى يثبته

(2) Ainsi أخبرهم dans le MS de Paris, l'éd. portant: اخبروهم

plus (que sa valeur), ce sera à l'encontre de la (commande), et on considérera que le (délégué) l'a acheté pour lui-même.

• 3272. De même, si l'esclave (-prisonnier) dit à ce (touriste): "Achète-moi pour moi-même contre mille dirhams", et que ce (touriste) dise (aux ennemis): "Vendez-le moi pour lui-même, contre mille dirhams", s'ils le font, l'esclave sera un homme libre.

comm. Car cette émancipation (automatique) sera considérée comme si cet esclave s'était lui-même adressé aux (ennemis) par cette parole. Donc il n'y a pas besoin que le (prisonnier) accepte une deuxième fois l'(offre de la vente) mais il obtiendra son émancipation vis-à-vis du vendeur (ennemi), et le lien d'émancipateur (1) aussi sera acquis à ce dernier.

• 3273. Si ce (touriste) dit (à l'ennemi): "Vends-le moi pour mille dirhams", et n'ajoute pas la formule "pour lui-même" (et le prisonnier n'informe pas non plus à son maître ennemi qu'il se rachète), le (prisonnier) sera esclave de l'acheteur (touriste musulman); et son maître d'origine pourra le lui reprendre contre paiement du prix, s'il le veut.

comm. Car si ce (touriste) n'informe pas l'ennemi qu'il achète l'esclave (prisonnier) pour l'esclave lui-même, le (maître ennemi) n'obtiendra pas le lien d'émancipateur vis-à-vis de cet (esclave).

• 3274. Si ce (touriste) dit (à l'ennemi, sur sa propre initiative), "Vends-le moi pour mille dirhams, pour (cet esclave) lui-même", et que l'ennemi le lui vende, il sera alors indispensable que l'(esclave) accepte ce (rachat), et c'est seulement après cela qu'il deviendra maître de lui-même.

comm. Car le (touriste) est allé à l'encontre (=au-delà) de la directive précise que l'(esclave-prisonnier) lui avait donnée (=en ne demandant qu'un rançonnement bénévole). Ce sera donc comme si ce (touriste) l'avait acheté sans que cet (esclave) le lui ait demandé.

• 3275. Si le (prisonnier-esclave) lui a dit: "Achète- moi, pour moi même, au prix qui te plaît", et que le (touriste) l'achète tout en précisant aux ennemis qu'il l'achète, à ce prix-là, pour le (prisonnier-esclave) lui-même, celui-ci deviendra homme libre, quel que soit le prix(2) auquel l'autre l'a acheté.

comm. Car l'(esclave-prisonnier) a confié à ce délégué des pouvoirs généraux. C4est donc comme si celui- ci exécutait la directive de l'(esclave), quand il verse la rançon, et cela quel qu'en soit le montant.

• 3276. * Si par la suite il y a divergence entre les deux (l'esclave et le 1580
délégué), et si l'esclave dit: 'il m'a racheté moyennant une rançon de 500 (dirhams)" -tandis que sa valeur est de 100 (dirhams) - et que le mandataire dise: "J'en ai payé

(1) Ainsi ولاء dans le MS de Paris, l'éd. Portant: ولده

(2) Le mot "prix" الثمن manque à l'éd., suppléé d'après le MS de Paris.

2000 pour sa rançon", alors c'est la parole de l'esclave, accompagnée de serment, qui prévaudra, sauf si l'autre établit une preuve.

comm. Car le mandataire réclame pour lui quelque chose d'excédentaire dans la dette grevant cet esclave, tandis que ce dernier le nie, alors (selon le principe bien connu).

• 3277. C'est la parole de celui qui nie, parole accompagnée de serment, qui prévaudra, et la preuve incombera à celui qui réclame la chose additionnelle.

comm. Si l'on disait: "Pourquoi ne pas administrer aux deux la procédure du serment, et que ce soit comme si le principal et son délégué divergeaient quant au prix?" Nous dirions: Selon l'avis d'Abu Hanîfa (la réponse est négative), car l'esclave est devenu homme libre. Et selon le principe d'(Abû Hanîfa), on n'applique pas la procédure du serment mutuel, quand la marchandise a été transformée, (ici, l'esclave est devenu homme libre); dans un tel cas, on ne prend en considération que la réclamation et la négation. Et il en est de même chez Chaibânî; car selon lui, on administre la procédure du serment mutuel, après la transformation (1) de la marchandise, quand il y a possibilité de rescinder le contrat sur la base de la valeur, tandis qu'ici il n'y a aucune possibilité de (rescinder le contrat), étant donné que dans le cas de l'émancipation, le mandataire ne peut pas rendre la marchandise à l'esclave, pour qu'on puisse dire qu'il lui incombe d'en payer la valeur, en vue de cette (livraison, car ici la marchandise est la personne de l'esclave lui-même). Au contraire, ce cas ressemble à celui où le locataire et le locateur divergent, quant au salaire, une fois que le service est rendu (**litt.** quand l'utilité a été complètement obtenus) auquel cas on n'applique pas la procédure du serment mutuel, mais c'est la parole, accompagnée de serment, de celui qui nie la chose excédentaire, qui prévaut.

• 3278. Si le mandataire ne dit pas aux ennemis: "Je l'achète pour lui-même", alors cet (esclave-prisonnier) sera la propriété de ce (mandataire), s'il l'achète.

comm. Car son vendeur n'a pas consenti à ce que cet esclave s'émancipe automatiquement, ni à ce que le lien d'émancipateur s'établisse pour ce (vendeur ennemi).

• 3279. A supposer que ce (mandataire) ramène cet (esclave sur le territoire islamique), alors, le maître d'origine (**litt.** celui à qui l'ennemi avait arraché (2) cet esclave) a la faculté de le lui reprendre, s'il le veut, contre paiement du prix d'achat. S'il y a divergence entre eux, alors, c'est la parole de l'acheteur, (touriste) accompganée de serment, qui prévaudra.

1581 * Il en sera de même si les deux (l'acheteur-touriste et le maître d'origine) divergent, quant au genre du contrat, de sorte que le maître d'origine dise que les ennemis lui ont remis cet (esclave) comme un don et que par conséquent "je le

---

(1) L'éd. porte: يغير الساعة nous suivons le MS de Paris où بعد تغير الساعة

(2) L'éd. porte المأمر منه , on suit le MS de Paris ou: المأسور منه

reprends contre paiement de de la valeur de l'(esclave et non au prix réclamé)"; tandis que l'acheteur dit: "Je l'ai acheté aux (ennemis) contre deux mille dirhams"; alors, c'est la parole de l'acheteur qui prévaudra.

On a déjà parlé de cela (cf ch. 133, supra III, 121). Il s'agit là du cas où il y a question de savoir: avant ou[1] après l'établissement de la preuve, en quoi les (maîtres juristes) divergent et en quoi il y a accord entre eux; et il s'agit de quelque chose qui est à l'instar du jus retractum (**chuf'a**). A ce propos (dans ledit endroit du ch. 133) Chaibânî n'a pas prîcisé l'avis d'Abû Yûsuf, dans le cas où les deux parties (le maître d'origine et l'acheteur auprès des ennemis) établissent la preuve.

• 3280. Si le maître d'origine de l'esclave capturé (par les ennemis) dit au touriste qui va (chez eux) sous sauf-conduit: "Achète-le auprès d'eux pour moi", ou: "Achète-le sur mes biens", et que l'autre l'achète (non pas contre un prix mais) contre la valeur (de l'esclave) alors cet esclave appartiendra à celui qui a demandé (ce rachat).

comm. Car les (ennemis) en sont devenus propriétaires moyennant sa mise en sécurité. Par conséquent, c'est égal que ce soit le maître d'origine qui demande d'acheter cet (esclave) ou qu'un étranger quelconque demande à ce (touriste) d'entamer le contrat (de rachat) contre la valeur réelle de cet (esclave) ou avec une légère perte.

• 3281. Certes si l'autre achète avec une perte énorme, ce sera contraire à la directive donnée, et l'acheteur l'achètera alors pour lui-même; et dans ce cas-ci, le maître d'origine aura le choix:

comm. S'il le veut, il reprendra l'(esclave) contre le prix que l'autre a payé; et s'il le veut, il l'abandonnera.

• 3282. A supposer que le (maître d'origine) ait dit: "Achète-le" et qu'il n'ait pas ajouté: "pour moi", ni "sur mes biens", ce sera un cas de conseil amical (et non d'une commission pour l'achat). Dans ce cas, l'interlocuteur achetera (le prisonnier) pour lui-même, de sorte que toutes les dispositions qu'il prendra en cela seront exécutoires, exactement comme s'il l'avait acheté avant ce conseil amical. Cela ressemblera au cas où quelqu'un dit à un autre: "Achète l'esclave d'un tel", et n'ajoute pas "...pour moi", ni "...sur mes biens", dans ce cas aussi il s'agit d'un conseil amical, et non d'une délégation.

comm. Mais au contraire. s'il dit: "achète-le moi contre le prix qui te plaît", ce sera alors lui confier les pouvoirs généraux de cette affaire; * donc ce sera pour lui 1582
(=pour celui qui l'a demandé), quel que soit le prix.

• 3283. Si le mandateur et le mandataire divergent quant au montant du prix d'achat, on administrera le serment aux deux, et les deux rejetteront (le contrat) mutuellement, étant donné que le délégué est, vis-à-vis du déléguant, comme le

(1) Le mot wa manque à l'éd., mais suplée d'après le MS de Paris.

vendeur vis-à-vis de l'acheteur, pour l'application de la règle du serment mutuel, en cas de divergence concernant le montant du prix. La raison en est que celui qui a passé la commande jure en connaissance de cause.

comm. Car il s'agit de demander de jurer au sujet de l'acte d'autrui. (C.-à-d, combien le délégué a payé pour le rachat). Donc, pour administrer le serment, on commencera par lui (=par celui qui a passé la commande). Car il est comme l'acheteur. L'avis le plus récent d'Abû Yûsuf est qu'il faut administrer le serment à l'acheteur. C'est aussi l'avis de Chaibânî, comme nous l'avons mentionné dans le chapitre **al-Buyû'** (cf. Mabsût, XIII, 30).

• 3284. Si les deux parties établissent la preuve, alors c'est celle du mandataire qui prévaudra.

comm. Car c'est lui qui établit, par la preuve, la chose excédentaire.

• 3285. Si celui qui a passé la commande (du rachat) émancipe l'(esclave) avant que surgisse cette divergence entre les deux parties, l'émancipation sera exécutoire.

comm. Car celui-là émancipe sa propriété. Plus tard, quand les deux (le mandateur et le mandataire) divergent, alors, selon l'avis d'Abû Hanîfa, c'est la parole du mandateur qui prévaudra. Quant à Chaibânî, il dit qu'il faut administrer le serment aux deux. Cette différence d'opinions entre les deux maîtres juristes provient de la même différence qu'il y entre eux à propos du vendeur et de l'acheteur, quand ces deux-ci divergent sur le montant du prix après que la marchandise a été transformée de telle sorte que le contrat n'est plus susceptible d'être rescindé.

1583 •3286. * Si l'un des prisonniers [1] (musulmans) est un homme libre et un esclave-**mukâtab** (en instance de libération), et si tous deux demandent à quelqu'un de les racheter et que l'autre achète les deux ensemble pour 5000 dirhams, les deux (prisonniers) doivent se partager la rançon selon la proportion qu'il y a entre le prix du sang (de l'homme libre) et la valeur actuelle de ce **mukâtab**).

comm. Car, au sujet d'un homme de statut libre, on prend en considération le prix du sang; et, au sujet d'un **mukâtab**, le montant de sa valeur actuelle. L'indice en est ce que nous avons déjà cité, à savoir que si le (mandataire) a acheté l'un ou l'autre de ces deux pour ce même montant ou pour quelque chose de moindre, il réclamera à lui tout seul la totalité du prix qu'il a payé; donc quand on affecte le contrat aux deux (prisonniers) inconditionnellement (sans précision de leurs quotes-parts respectives), on répartira (le montant) entre eux selon la contrepartie que vaut la personne de chacun (= le prix du sang pour l'homme libre, et la valeur du marché pour le **mukâtab**).

A supposer que ce (mandataire) ait racheté ces deux prisonniers pour 15.000

(1) A lire الماسور comme dans le MS Carullah d'Istanbul. l'éd. portant: المأمور

dirhams, alors que la valeur de ce **mukâtab** n'était que de 1000, dans ce cas, chacun de ces deux (prisonniers) devra payer beacoup plus que la contrepartie de leurs personnes, et tellement beaucoup plus que les gens ne pourraient pas se tromper de tant. Voilà pourquoi le (délégué-acheteur) n'a le droit de réclamer, à chacun de ces deux prisonniers rachetés) que le montant de la contre-partie réelle de sa personne. Donc il récupérera, sur le libre, 10.000 dirhams (qui représentent le prix légal du sang), et sur le **mukâtab,** sa valeur, avec (tout au plus) un léger excédent, mais si peu que les gens pourraient s'y tromper en appréciant la valeur de ce **mukâtab**.

Car nous avons déjà mentionné que dans les évaluations on admet les (écarts) dans lesquels les gens peuvent se tromper.

Si ces deux (prisonniers, le libre et le **mukâtab**) ont dit à ce (touriste musulman) de les racheter "contre la rançon que tu voudras", et si celui-ci paie pour eux une rançon de 20.000 (dirhams), il faudra répartir cette somme (sur eux deux) dans la proportion de 10:1, en vue du prix du sang règlementaire (=10.000 dirhams) et de la valeur de ce **mukâtab** qui est de 1.000 dirhams. Si la valeur de celui-ci était de 2.000, on répartirait la rançon dans la proportion de (10:2, c.-à-d.) les 8.000 restants seront également répartis entre les deux prisonniers, car ils avaient donné au mandataire la liberté absolue pour le montant[1]), toutefois cet excédent sera également réparti en proportion de 5:1, vu qu'il faudra répartir entre les deux toute la perte où l'acheteur s'est trompé (**ghaban**[2])). Mais ce sera avec cette particularité que le (délégué) récupérera, sur l'homme libre, ce qui le concerne; mais ce qui concerne le **mukâtab**-et c'est seulement le sixième du montant (de la perte)-il le lui récupérera, selon l'avis d'Abû Hanîfa, durant même son état d'esclave-**mukâtab**; mais selon l'avis de Chaibânî, on ne lui réclamera, durant l'état de **mukâtab**, que dans la limite de sa valeur, ou plus, mais si peu que les gens s'y tromperaient; et ce qui est en sus, on ne le lui réclamera qu'àprès qu'il sera devenu homme libre.

La raison en est que si le (prisonnier-**mukâtab**) s'est imposé une rançon supérieure à sa valeur actuelle, c'est comme s'il avait voulu faire la charité (**mutabarri'**). Ce sera au même titre que dans le cas de la garantie (**kafâla**), chose dont on a déjà parlé.

• 3287. * A supposer que ces deux (prisonniers, l'homme libre et le **mukâtab**) 1584
disent à leur libérateur, quand il les ramène sur le territoire islamique: "Tu n'as rien versé yde notre rançon, mais ce sont les ennemis qui ont fait don de nos personnes", ou: "...tu nous as fait sortir clandestinement, sans qu'ils le sachent", alors c'est leur parole à eux, accompagnée de serment, qui prévaudra.

comm. Car eux ont connaissance de cause; et le mandataire ne fait que réclamer contre eux une dette pesant sur eux, mais pour une cause que ceux-là nient. Or on ne jure que quand on a connaissance de cause; et c'est pourquoi on demande à

(1) Sans doute faut-il suppléer tout ce passage pour comprendre ce qui suit.

(2) L'éd. porte الغبن le MS de Carullah a: التغبن mais nous croyons devoir lire: الغبن

ces deux-là de jurer quel a été l'acte commandé par eux? Donc celui des deux qui refusera de jurer, sa quote-part de la rançon (prétendue par le délégué) lui collera, car refuser de jurer, c'est comme avouer. Cet (aveu) est correct pour sa quote-part, mais non pour celle de son camarade (l'autre prisonnier).

A supposer que ce soit l'homme libre qui jure, et que ce soit l'esclave-**mukâtab** qui se récuse-ou même si celui-ci admet le rançonnement-alors, selon l'avis de Chaibânî, l'esclave **mukâtab** sera redevable de sa quote-part de la rançon. Toutefois, si la rançon ne dépasse pas la valeur de cet (esclave), on la lui réclamera comme partie de son contrat originel de libération (=le contrat passé avec son maître musulman), et si elle la dépasse, il sera tenu pour responsable de l'excédent, après sa libération complète. Mais si l'on déduit la loi à partir de l'avis donné par Abû Hanîfa, le tribunal décrétera qu'il doit toute sa quote-part, quel qu'en soit le montant, et on la considérera comme une dette qui pèsera sur lui pendant même qu'il est encore esclave-**mukâtab**, peu importe si son maître d'origine le confirme ou non. Mais si cet esclave-**mukâtab** devient incapable (et renonce au contrat de libération contre paiement), il faut voir: Si le maître d'origine confirme ce que réclame le (touriste) qui l'a fait libérer contre rançon, on vendra cet esclave en faveur de ce (libérateur), sauf si le maître d'origine rembourse la rançon;-

Car il s'agit d'une dette dont le paiement s'impose manifestement au maître d'origine. Et s'il l'infirme là-dessus et si cet (esclave) n'a rien versé de cette rançon, la (rançon réclamée par le mandataire) sera annulée au cas où l'esclave deviendrait incapable de remplir le contrat de libération contre paiement (etyrenoncerait), mais s'il en a payé une partie, on exécutera ce qui a été payé, et ce qui en reste encore sera annulé, au point qu'on ne le traitera pas comme une dette qui s'imposerait à cet esclave sur la base de son aveu, car il s'agit d'une cause qui ne fait point partie des transactions commerciales. Donc on ne pourra pas lui réclamer ce (restant) tant qu'il ne sera pas devenu homme libre, selon l'avis d'Abû Hanîfa, et ce sera à l'instar du cas où un esclave-**mukâtab** avouerait avoir commis par erreur un tort (**jinâya**), quand ensuite le tribunal décrète contre lui une somme équivalent au montant de sa valeur et que ce (**mukâtab**) devient incapable de remplir le contrat de sa libération avant d'avoir payé les dommages du tort qu'il a fait. Ou ce sera comme le cas de la peine de mort en vertu du talion, quand le (**mukâtab**) compose (avec les représentants du sang de sa victime) par l'offre de quelque somme, mais qu'il devient incapable de remplir le contrat de sa libération avant d'avoir versé cette somme de composition: on ne pourra pas la lui réclamer tant qu'il ne sera pas devenu libre.

1585 • 3288 • Mais selon l'avis de Chaibânî, puisqu'on vend le **mukâtab** dans ce cas (de tort), quand la réclamation a lieu pendant qu'il est encore esclave-**mukâtab** et même si par la suite il devient incapable de remplir le contrat de sa libération; ce sera de même ici, dans le cas du rançonnement, et peu importe si le maître d'origine confirme ou infirme le (touriste-libérateur).

A supposer que ce soit le maître d'origine d'un **mudabbar** ou d'une **umm walad** qui demande à un (musulman) allant (chez les ennemis) sous sauf-conduit de

les faire libérer contre paiement d'une rançon, et que par la suite, le mandateur et le mandataire divergent au sujet de la somme effectivement versée en rançon, ou au sujet même de la rançon, alors c'est la parole du mandeteur qui prévaudra, tandis que le mandataire devra produire la preuve.

comm. Car les ennemis ne sont devenus propriétaires d'aucun des deux (le **mudabbar** et l'**umm walad**) pour les avoir simplement mis en sécurité. **Bref,** la divergence au sujet de la dette que le mandateur doit au mandataire concerne ou bien la cause même (=s'il a demandé ou non de verser la rançon), ou la qualité de cette (rançon). C'est pourquoi prévaut la parole de celui qui nie, au contraire du cas où c'est l'esclave (qui passe la commande), car là les ennemis ont accompli sa mise en sécurité (et en sont devenus propriétaires), puis il rentre (de rançon) dans le titre de propriété de son maître d'origine au moyen du contrat et selon la façon dont le mandataire s'en est occupé. Donc si une divergence surgit entre les deux (le mandateur et le mandataire) concernant le genre de ce contrat ou la qualité de la contre-partie (=rançon), il est obligatoire d'appliquer aux deux la procédure du serment mutuel.

• 3289. Si le prisonnier est un esclave, puis qu'un étranger dise à ce (touriste musulman) venu sous sauf-conduit: "Achète-le pour moi à ces (ennemis)", ou même: "achète-le pour moi, sur mes biens", alors cet esclave appartiendra au mandateur.

comm. Car les ennemis en étaient devenus propriétaires; et cet homme a chargé quelqu'un d'acheter pour lui un esclave auprès du maître de l'esclave, chose que l'autre fait. Voilà pourquoi ce (mandateur) sera poursuivi par le (mandataire) pour le remboursement du prix. Et on le considérera vis-à-vis du maître d'origine comme si c'était lui qui l'avait acheté, et cela au point que s'il le veut il le reprendra à cet (acheteur-étranger) contre le prix (payé).

Donc si le maître d'origine trouve cet (esclave) en la main du mandataire, c'est avec lui qu'il entamera le procès avant même que vienne le mandateur (de l'achat de cet esclave).

Car le droit de le reprendre [1] s'est établi en faveur du (maître d'origine) par le contrat qu'a conclu ce mandataire. Voilà pourquoi il a la faculté de le lui reprendre avant même que vienne (prendre possession) le mandateur (étranger de cet achat). Cela à l'instar du cas du **jus retractum**.

Si l'étranger a dit au touriste venu sous sauf-conduit: "achète-le" (et rien de plus), ce sera-nous l'avons déjà dit-un simple conseil amical (et non une délégation de pouvoir); donc cet interlocuteur, s'il l'achète, l'achètera pour lui-même, et donc le propriétaire d'origine aura la faculté de le lui reprendre contre le prix payé.

• 3290. * Mais s'il lui a dit: "achète-le contre les mille (dirhams) que voici", 1586

(1) Ainsi لأن حق الأخذ selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. portant: لأنه حق لا خذها

peu importe qu'il les lui remette ou non, l'(esclave acheté) appartiendra au mandateur.

comm. Car appliquer le contrat à ses propres biens en les indiquant du doigt, c'est comme de l'appliquer à ses biens par allusion, en disant par exemple: "contre mille dirhams de mes biens"; et l'appliquer à ses biens, c'est comme de se l'attribuer à lui-même. Donc dans chacun de ces cas l'achat aura lieu en faveur du mandateur; et puisque le (mandataire) aura payé le prix sur ses propres biens, il aura la faculté de détenir l'(esclave acheté) jusqu'à ce qu'il ait récupéré le prix, comme c'est aussi la règle entre délégué et déléguant. Et, sur la même base, si l'(esclave) meurt en sa main, que ce soit avant ou après la détention (pour récupérer le prix), la situation du mandataire est comme celle du délégué (**wakîl**): ce sera exactement la même chose.

• 3291. Si le prisonnier est un esclave appartenant à un Musulman, et s'il gagne de l'argent chez les (ennemis) puis qu'il quitte son maître (ennemi) contre le gré de celui-ci et ramène aussi ces gains avec lui, s'il tombe avec ces biens en les mains des Musulmans et que se présente celui à qui on l'avait arraché (=maître d'origine), alors celui-ci le reprendra sans rien payer. Toutefois il n'aura aucun droit (**litt.** aucune voie) à ces biens . En effet on ne déclare pas cet esclave homme libre, eu égard au droit de celui à qui il a été arraché (par l'ennemi); car ce dernier avait le droit de le réintégrer en son titre de propriété d'origine, s'il avait trouvé sur le territoire islamique, hormis les biens que ramène ce prisonnier. Ce sera au contraire du cas de l'esclave appartenant dès l'origine à un ennemi et qui, ayant embrassé l'Islam, vient (chez nous) contre le gré de son maître (ennemi et non-musulman). Car ici personne d'autre que cet ennemi n'a de droit sur cet (esclave), et on ne prend pas en considération son droit quand l'esclave) se réfugie en notre territoire. Mais dans le cas en discussion, la personne à qui on a arraché cet (esclave) a un droit sur lui, et on prend en considération son droit; et c'est pour cela que cet (esclave) ne
1587 devient pas homme libre, mais que son maître d'origine le reprend sans rien payer. * C'est comme s'il le reprenait sur les butins (en tant que postliminium) avant leur partage. Quant aux biens appartenant à cet (esclave et gagnés sur le territoire ennemi), son maître d'origine n'a aucun droit sur eux.

comm. Car l'(esclave) ne les a pas gagnés sous le titre de propriété de ce (maître d'origine) mais sous celui de l'ennemi. Or quand on trouve sur le territoire islamique des biens appartenant à un ennemi qui n'y jouit pas de l'aman, ils font partie du butin pour toute la communauté musulmane, selon l'avis d'Abû Hanîfa -ou même titre que la personne de cet ennemi-; mais selon l'avis de Chaibânî, les biens (d'un tel ennemi) appartiendront au Musulman qui les a capturés, l'on y prélèvera même le cinquième gouvernemental, comme l'ajoute ce présent récit. Nous avons déjà mentionné qu'au sujet du cinquième gou venermental, il y a deux versions de l'avis de Chaibânî: dans les cas où un ennemi entre dans notre territoire sans avoir obtenu sauf-conduit et que quelqu'un le capture, (on imposera le cinquième gouvernemental sur la personne de cet ennemi, comme sur ses biens (se trouvant en sa compagnie), et le reste ira à celui qui a capturé (cet ennemi et ses biens avec), en toute particularité (sans qu'aucun autre Musulman y participe). Si l'(esclave

prisonnier) s'évade et si son propriétaire d'origine le reprend, au dire de Chaibânî ce cas est comme cet autre qu'on vient de citer. Au dire d'Abû Hanîfa aussi cet (évadé) appartiendra au (maître d'origine), et celui-ci n'aura aucun cinquième gouvernemental à payer, car il ne fait que le réintégrer en son titre de propriété d'origine; mais les biens qui se trouvent avec lui feront partie au butin pour tous les Musulmans. Car pour ce qui est de ces biens, le (propriétaire d'origine) est comme n'importe quel autre (Musulman) s'il les capture.

• 3292. Si cet esclave (-prisonnier) amène ces biens-là en territoire islamique en jouissant d'un sauf-conduit et en menant commerce pour le compte de son maître ennemi, alors le maître d'origine n'a rien à faire contre lui..

comm. Car le titre de propriété de cet (ennemi) ne cesse d'exister sur lui. Si cet (ennemi) avait amené cet (esclave) avec lui, sous un sauf-conduit, le maître d'origine ne saurait rien faire contre lui. De même donc ici, si cet esclave vient tout seul;-

• 3293. Toutefois le chef de l'Etat musulman le vendra, étant donné qu'il s'agit d'un Musulman, et qu'il est impossible de le laisser rentrer sur le territoire ennemi pour que le titre de propriété de l'ennemi se perpétue sur lui. * Donc le chef de l'Etat 1588
le vendra et gardera le prix de la vente avec les biens qui se trouvent entre les mains de cet (esclave), jusqu'à ce que son propriétaire ennemi vienne les chercher.

comm. Car le statut légal du sauf-conduit s'applique à ces biens en faveur de cet ennemi.

• 3294. Si la personne à laquelle on a arraché cet (esclave) veut, quand le chef de l'Etat musulman vend cet (esclave), le reprendre à l'acheteur contre le prix qu'il a payé, il n'aura pas la faculté de le faire (si ce dernier ne veut pas céder).

comm. Car cet (esclave) est venu en notre territoire alors que le maître d'origine n'avait sur lui aucun droit de reprise; donc un tel droit ne s'établira pas pour lui par la suite. Cela à l'instar du cas où le maître (ennemi) de cet (esclave) embrasserait l'Islam ou deviendrait un Dhimmî, pour vendre ensuite cet (esclave) à quelqu'un d'autre.

• 3295. Si cet esclave est un **mudabbar** (libérable à la mort de son maître), et que le reste des cironstances soit le même dans les deux cas: de l'arrivée contre le gré du maître (ennemi) ou de l'arrivée sous un sauf-conduit, on restituera sa personne ainsi que les biens qu'il a gagnés (chez les ennemis) au maître auquel l'ennemi l'avait arraché.

comm. Car sa mise en sécurité par les ennemis n'a pas fait ce (**mudabbar**) sortir du titre de propriété de son (maître d'origine). Et il a gagné des biens alors qu'il était toujours l'esclave de son (maître d'origine). Puisque les gains d'un esclave sont acquis au maître, nous disons que tous ces biens seront restitués pour rien à son maître (d'origine).

• 3296. Puis, si ces gains à lui proviennent du commerce, ou d'un don que les (ennemis) lui auraient donné, il n'y aura pas le cinquième à payer (au quovernement musulman).

comm. Car il les a acquis mais non par l'exercice de la force. Donc le statut du butin ne s'établit pas sur eux.

• 3297. Mais s'il s'en est emparé sans le bon gré des (ennemis), on prélèvera sur ces biens le cinquième gouvernemental.

comm. Parce qu'il les a saisis par l'exercice de la force.

1589 • 3298. * Nous avons déjà mentioné cette règle à propos de l'homme libre qui a été fait prisonnier et qui amène des biens (de chez les ennemis). Il en sera de même au sujet d'un esclave-**mudabbar,** à cette exception près que, dans ce cas-là (de l'homme libre) ce qui reste après prélèvement du cinquième gouvernemental va au prisonnier (évadé), tandis qu'ici (dans le cas du **mudabbar**), le reste va à son maître d'origine.

comm. Car un **mudabbar** n'a pas la capacité d'acquérir une propriété.

• 3299. (Chaibânî) continue: Si une esclave qui a été fait prisonnière de guerre donne naissance à des enfants, soit par libertinage soit de mari ennemi, puis qu'elle s'évade, elle et ses enfants, contre le gré de leur maître ennemi (le sien et celui de ses enfants)- ou même si elle s'évade en dépit de son maître ennemi cependant qu'elle porte son bébé-et qué les Musulmans la saisissent, elle et ses enfants feront partie du butin. Si son maître d'origine la retrouve avant le partage du butin, il les reprendra pour rien, elle ainsi que ses enfants. Et s'il la retrouve après le partage, il les reprendra contre paiement de leur valeur, la valeur étant celle qu'ils avaient le jour où elle et ses enfants sont tombés dans la quote-part du soldat musulman en question.

comm. Car son enfant fait partie d'elle, et le droit que le maître d'origine a sur elle s'établit aussi bien en ses enfants, en tant qu'ils font partie d'elle. en outre, l'existence du droit de ce (maître d'origine) empêche que ces enfants (de la jeune esclave) deviennent hommes libres s'ils s'évadent en dépit du (maître ennemi). Dans le cas des biens, c'est le contraire, car eux ne font pas partie du principal (= de la prisonnière esclave), et c'est pourquoi le droit du maître d'origine (de cette esclave) ne s'établit pas sur eux; mais ils font partie des biens de l'ennemi et ils feront donc partie du butin pour les Musulmans.

• 3300. Mais si cette esclave et ses enfants arrivent sous un sauf conduit, alors le maître d'origine ne pourra rien faire ni contre elle ni contre ses enfants, que ceux-ci soient mineurs ou majeurs; mais le chef de l'Etat musulman les vendra.

1590 **comm.** * Car ils sont Musulmans à cause de l'Islam de leur mère. Donc ils les vendra (à un Musulman) et gardera le prix de la vente jusqu'à ce que l'ennemi vienne en [1] prendre possession, cela eu égard au sauf-conduit (dont jouissaient ces esclaves, propriété de cet ennemi).

• 3301. Au contraire, si elle est une esclave-**mudabbara**, on les restituera tous (elle et ses enfants) à leur maître d'origine.

(1) A lire يأخذه comme dans le MS de Fatih (Istanbul), l'éd. portant: فيأخذها

comm. Car la captivité ne les a pas fait sortir du titre de propriété du (maître d'origine). Ses enfants sont comme elle. Donc l'ennemi n'en devient pas non plus propriétaire, car l'enfant d'un **mudabbara** est lui aussi **mudabbar.** Voilà pourquoi on les restituera au maître d'origine, et il sera égal qu'ils se soient évadés en dépit (du maître ennemi) ou sans le contrarier en quoi que ce soit. Et tout pouvoir provient de Dieu qui seul dirige sur le droit chemin.

* Chapitre (158) 1591

DE LA RANÇON (DES PRISONNIERS MUSULMANS) PAR DES PRISONNIERS (ENNEMIS) OU PAR DE L'ARGENT.[1]

• 3302. (Chaibânî) dit: Si les ennemis sont avides de libérer des prisonniers (musulmans) contre des biens, alors il ne faut pas que les Musulmans leur proposent en rançon ni prisonniers (ennemis) ni bêtes de guerre ni armements.

comm. Car ils tirent moins de profit de l'argent que des combattants restitués ou des engins de guerre remis. Ne vois-tu pas que l'exportation des biens vers eux pour le commerce est autorisée, tandis que l'exportation des esclaves, des bêtes de guerre et des armements vers eux pour le commerce est interdite (**harâm**)?

• 3303. A supposer qu'ils désapprouvent la rançon sous forme de biens et qu'ils la désirent sous forme de bêtes de guerre et d'armements, il ne faut pas que les * (Musulmans) leur paient la rançon sous forme de prisonniers (ennemis).

comm. Car il est moins grave de leur livrer des bêtes de guerre et des armements que de leur restituer des combattants. Ne vois-tu pas qu'il est obligatoire (?) de mettre à mort leurs combattants, si les Musulmans le peuvent, cependant qu'il n'est pas obligatoire de détruire leurs bêtes de querre et leurs armements?

• 3304. Si les ennemis désapprouvent même cela, alors seulement il est permis de leur livrer des prisonniers (ennemis) en rançon (de prisonniers musulmans). Certes s'ils désirent en rançon une énorme quantité d'argent, ce serait faire du tort
aux Musulmans quant à leur Trésor Public. * Il sera donc permis, dans ce cas, de 1592
leur payer la rançon sous forme de prisonniers (ennemis), au lieu d'argent.

comm. Car c'est un cas de détresse. Or, dans la détresse, il est permis de payer la rançon des prisonniers (musulmans) sous forme d'argent, selon l'avis (de Chaibânî) rapporté dans ce présent livre, étant donné qu'on fait bénéficier les Musulmans de cet argent. Donc à plus forte raison il sera permis de payer la rançon des prisonniers par des prisonniers, pour épargner l'argent dont les Musulmans ont besoin.

• 3305. Si un groupe d'ennemis viennent au campement musulman pour chercher un sauf-conduit et disent: "Donnez-nous protection, à nous, à nos biens et à

(1) A lire الأموال selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd portant: الاقرار

ceux des prisonniers (musulmans) que nous avons amenés avec nous", et que les Musulmans le fassent, puis que n'ayant pu s'entendre sur la trêve et la rançon, ils veuillent s'en aller, alors on ne les laissera ramener avec eux, dans leur territoire, aucun des Musulmans;-

Nous avons déjà parlé de cette règle à propos du cas où ils viennent chercher le sauf-conduit en territoire islamique; il en sera donc de même s'ils viennent le chercher au campement musulman;-

Au contraire, on leur reprendra les personnes, hommes et femmes de statut libre, Muslmans et Dhimmîs -et cela, même gratuitement- que les (ennemis) le veulent ou non.

comm. Car ils prévariquent en détenant des gens de statut libre.

• 3306. Et il en sera de même de tous ceux dont les (ennemis) ne deviennent pas propriétaires simplement en les capturant et en les mettant en sécurité (=**mukâtab, mudabbar** et **umm walad**). Certes ceux dont ils deviennent propriétaires, comme les (prisonniers) d'entre les esclaves, hommes et femmes, nous les leur reprendrons tout en leur en versant la valeur.

comm. Car les (ennemis) en sont devenus propriétaires, (les) ayant mis en sécurité, alors que nous leur avions donné la protection pour leurs biens. Donc pour honorer cette protection donnée, on leur restituera la valeur de ces (esclaves), mais en les leur reprenant, et cela eu égard au fait qu'il n'est pas possible de laisser ces (ennemis) ramener des (ressortissants[1]) musulmans en territoire ennemi et faire ainsi peu de cas d'eux.

• 3307. En outre, quand l'armée musulmane ramènera ces (esclaves) en territoire islamique, leurs maîtres d'origine auront la faculté de le reprendre contre paiement de la valeur payée, s'ils le veulent.

comm. Car si ces (esclaves) ont pu être laissés à l'armée, c'est parce qu'elle a verseé leur valeur (aux ennemis).

1593 • 3308. Au contraire du cas où on * les aurait pris par l'exerice de la force, sans avoir aucunement donné de l'aman (aux ennemis) alors, les maîtres d'origine ont le droit de (les) reprendre gratuitement, si c'est avant le partage de ces (esclaves récupérés sans paiement d'une rançon) en butin. Mais ce sera différent si les (ennemis) viennent dans notre territoire chercher le sauf-conduit et s'ils sont accompagnés de ces esclaves-prisonniers, et si on les oblige à les vendre et qu'ils le fassent puis que les maîtres d'origine arrivent par la suite.

comm. Car, dans ce (dernier) cas, les (ennemis) se rendent sur notre territoire, de sorte que les maîtres d'origine (de ces esclaves prisonniers) n'ont pas le droit de reprendre ces (esclaves. Cf. Le chapitre précedent). De même ils n'auront pas droit à

(1) Le texte porte seulement "Musulmans", mais nous nous sommes permis de dire "ressortissants musulmans", parce que l'auteur a parlé des Dhimmîs aussi a ce propos, au début de la discussion.

cette reprise si (leurs esclaves) ont été transférés d'un titre de propriété à un autre. Au contraire ici, dans le cas en discussion, les (esclaves) sont arrivés sur notre territoire, de sorte que le droit à la reprise est établi pour leurs maîtres d'origine. Ce sera donc pareil si le cas est ainsi (=achat des esclaves à un ennemi venu chez nous sous sauf-conduit ou si un Musulman est allé chez les (ennemis) sous sauf-conduit, y a acheté ces (esclaves) et les ramène.

• 3309. A supposer que les (ennemis) se rendent dans le campement, sans être accompagnés des prisonniers (musulmans)- parce qu'ils les ont cachés quelque part, mais de sorte qu'à cet endroit= là ceux-ci ne sont pas sous la puissance résistante (de l'ennemi) vis-à-vis de nous -ce cas et le cas précédent sont pareils: on leur reprendra les esclaves homme et femmes, (si les Musulmans les déecouvrent), et on remboursera aux (ennemis) la valeur.

comm. Car tant qu'ils n'ont pas regagné le lieu de leur sécurité, ils continuent de jouir de notre aman, ce qui empêche que nous leur reprenions leur propriété gratuitement.

• 3310. Mais s'ils les ont cachés dans un lieu de sécurité et de résistance pour eux, et que le reste des circonstances soit le même, si nous anvoyons un détachement qui capture ces (esclaves cachés), alors les ennemis n'ont droit de réclamer ni la chose (ici, les esclaves) ni sa valeur.

comm. Car quand les (ennemis ou leurs biens) parviennent à un ileu de leur sécurité, l'effet du sauf-conduit qui existait entre nous et eux prend fin. En outre, ce que nous capturons, nous le capturons à une peuplade qui est en état de guerre avec nous. Donc ce cas et celui d'avant leur arrivée sous sauf-conduit sont pareils.

• 3311. Donc si les esclaves (arrachés par la force) ont été ramenés en territoire islamique, leurs maîtres l'origine les reprendront sans rien payer si c'est avant le partage du butin; est contre paiement de la valeur-s'ils le veulent - après le partage.

Si la trêve est conclue entre nous et eux sur la base de rançonnement (des prisonniers musulmans) moyennant de l'argent, puis qu'(avant la livraison), un détachement musulman capture ces (prisonniers) dans l'endorit où les (ennemis) les avaient cachés, il faut distinguer S'ils s'agit d'un endroit près du campement musulman et tel qu'ils ne pouvaient pas y avoir puissance résistante, alors le commandant musulman honorera pour eux son traité de trêve et leur versera l'argent (stipulé); mais si les (Musulmans) les ont capturés dans un lieu de puissance résistante des (ennemis), alors la trêve est rompue, et il n'incombera aux Musulmans de leur verser quelque argent que ce soit.

comm. Car l'effet de l'aman ne s'étendait pas à ce qui se trouvait sous la puissance résistante de l'ennemi, mais il comprenait ce qui se trouvait sous la puissance rèsistante des Musulmans. donc ce qui se trouve près du campement musulman est comme ce qui si trouvait effectivement en la main de ces (délégués ennemis). De même, ce qui se trouve sous la puissance résistante des (ennemis) est

comme ce qui était avant qu'ils aient cherché le sauf-conduit. Donc si le but des Musulmans a été atteint par l'exercice légale de la force, nous lisons qu'il n'incombe
1594 aux Musulmans de leur verser quelque argent que ce soit, * étant donné qu'ils ne nous ont rien livré sous le traité, mais qu'ils se trouvent dans l'incapactié de remplir les conditions. Voilà pourquoi le traité est rompu (devenu caduc).

• 3312. Si les Musulmans qui arrachent ces (prisonniers musulmans), dans un lieu dépourvu de résistance, ne savent pas si ces (prisonniers) étaient ou non avec les ennemis qui se sont rendus pour passer contrat de libération contre rançon, et que les ennemis disent: "Nous y sommes venus avec eux", on n'acceptera pas leur parole à ce propos.

comm. Car ils prétendent quelque chose de contraire à ce qui est apparent, et réclament que les Musulmans leur remettent des biens. Donc on n'admettra pas leur parole, sauf sur preuve.

• 3313. Donc si les (ennemis) établissent cette preuve, moyennant deux témoins musulmans, ou un Musulman et deux Musulmanes, il sera obligatoire de leur restituer les biens (ici, la rançon des prisonniers).

comm. La raison en est que ce qui s'établit sur preuve est comme ce qui s'établit à vue d'oeil. Si ces deux témoins proviennent des prisonniers (musulmans, libérés), on admettra leur témoignage.

• 3314. Si les (prisonniers) n'en témoignent pas, mais que certains d'entre eux disent: "Nous étions avec ces (ennemis) et ils nous ont amenés" alors que certains autres le nient, dans ce cas le raisonnement analogique voudrait que les ennemis ne reçoivent aucune rançon;-

comm. Car ceux des prisonniers qui avouent veulent imposer, par leur aveu, au commandant et aux (soldats) musulmans de livrer des biens aux (ennemis), alors que l'aveu de quelqu'un (constitue une preuve contre lui-même et contre ses propres biens, mais) ne constitue pas une preuve contre autrui;-

• 3315. Toutefois, selon l'équité, l'aveu de celui qui avoue contre lui-même est
1595 valide, * tout en étant invalide contre autrui. Voilà pourquoi il faut remettre aux (ennemis) la quote-part de la rançon propre à ceux (des prisonniers) qui ont avoué (avoir été amenés par ces ennemis), à proportion de la quantité d'argent fixée dans le contarat. On prendra en considération, à ce propos, l'aveu de certains comme celui de tous.(1)

comm. Il en est ainsi parce qu'il n'y a rien à soupçonner dans cet aveu, étant donné que, n'importe comment, ils sont maintenant en liberté, qu'ils aient été amenés par les (ennemis) ou sans eux. En outre, ils avouent avoir été sous la main des (ennemis). Or avouer qu'on est sous la main de quelqu'un, c'est avouer qu'on est

(1) Il y a une contradiction entre la parole "la quote-part de ceux seulement qui avouent" et "l'aveu de certains comme aveu de tous. Il veut sans doute dire: la fraction sera traité comme une anité à part, un tout en elle-même.

esclave. Et puis, si un homme dont le vrai statut est inconnu avoue être un esclave, cet aveu est valide. De même donc sera valide l'aveu de celui dont le statut est inconnu mais qui reconnaît que quelqu'un d'autre avait la main possédante sur lui.

• 3316. Il en sera de même si, parmi ces (prisonniers), il y a des mineurs, non accompagnés de leurs parents mais capables de s'exprimer.

comm. Puisque l'aveu de tels (mineurs) est valide quand ils disent qu'ils sont des esclaves, il sera également valide s'ils disent avoir été en la main possédante (de quelqu'un, ici: de l'ennemi).

Mais à celui des (mineurs) qui est accompagné des ses parents on n'ajoutera pas foi, sauf si ses père et mère le confirment.

Car ce (mineur) est en la main (=sous la tutelle) de ses père et mère, s'ils l'accompagnent. Toutefois on n'ajoutera pas foi à sa parole, s'il dit avoir été en la main possédante d'un ennemi venu (chez nous) sous sauf-conduit.

• 3317. Si les femmes et les mineurs (d'entre les prisonniers ainsi libérés) avouent avoir été amenés par les ennemis, mais que deux hommes (d'entre les mêmes prisonniers) témoignent du fait qu'ils n'ont pas été amenés par ces (ennemis), mais par un autre groupe d'ennemis, qui les a amenés tous, alors leur témoignage est plus fort encore, donc plus apte pour qu'on s'y fonde pour agir.

comm. Car une preuve judiciaire (**hujja hukmîya**) s'étende à totalité des gens, tandis qu'une preuve par aveu ne dépasse pas celui qui a avoué. En outre, en ce qui concerne ceux qui n'ont pas fait cet aveu, il est obligatoire (pour le tribunal) de décider sur la base du témoignage (et non de l'aveu). Une fois que la décision judiciaire est ainsi prise, celui qui a avoué est, pour la loi, démenti (ou: infirmé); et une fois qu'il a été infirmé, on ne prendra plus en considération son aveu, même concernant sa propre personne. Comment donc pourrait- on prendre en considération son aveu, qui obligerait à livrer sa rançon à autrui?

* Si ces (prisonniers libérés) ont été amenés par un groupe (d'ennemis) autre 1596
que celui qui a conclu le pacte de rançonnement, et si, quand les Musulmans les capturent, les (gardiens des prisonniers) disent: "Nous faisons partie de ceux qui ont négocié le rançonnement, et ce sont eux qui nous ont laissés en arrière pour garder les (prisonniers)", on n'ajoutera pas foi à cela.

Car ces (gardiens) prétendent quelque chose qui va contre les apparences, et ils veulent imposer aux Musulmans de leur verser la rançon. Donc on n'admettra pas leur parole, sauf sur preuve; et ce que les Musulmans ont arraché leur appartiendra sans payer la rançon (consentie).

• 3318. Si les ennemis en guerre envoient dire aux Musulmans: "Nous voulons pactiser avec vous pour la rançon: hommes musulmans contre hommes, femmes contre femmes, enfants mineurs contre enfants mineurs", et si les Musulmans l'agréent, et que, par la suite, les (ennemis) amènent des prisonniers dont ils ne sont pas (validement) devenus propriétaires- (par exemple un homme libre, un **mukâtab**,

un **mudabbar**, une **umm walad**) -si le commandant musulman veut les reprendre sans livrer aux (ennemis) la rançon convenue (ici, les prisonniers ennemis), le commandant a la latitude de le faire;-

comm. Car les ennemis ne sont pas devenus propriétaires de ces (prisonniers de statut libre); et ils commettent même une prévarication en les détennant. Nous avons déjà mentionné qu'il n'est pas permis d'octroyer de sauf-conduit pour maintenir une prévarication. Ne vois-tu pas que si ces (ennemis) embrassent l'Islam ou se font naturaliser comme Dhimmîs, on les leur enlèvera quand même, que ces (ex-ennemis) le veuillent ou non? Il en sera donc de même s'ils sollicitent un sauf-conduit, étant en possession de ces (prisonniers de statut libre), étant donné que le devoir d'honorer le sauf-conduit octroyé n'est pas plus strict que le devoir d'honorer les droits découlant de l'islamisation ou de la naturalisation (de l'ennemi);-

• 3319. Toutefois si le pacte de rançon comportait un versement d'argent, mieux vaut qu'on remplisse envers eux ce qu'on leur a stipulé, afin qu'ils ne (nous) accusent pas * de prefidie et qu'ils aient tranquillité pour l'avenir, en des choses samblables. Il en va au contraire, du cas des prisonniers, des bêtes de guerre et des armements, quand le pacte de rançonnement stipule leur livraison.

1597 **comm.** * Car s'abstenir de rejeter le pacte (quand il s'agit de la restitution des chevaux et des armements par les combattants prisonniers) est *chose recommandée *[1], tandis que le leur rejeter est ici juridiquement obligatoire.[2] Or pour une chose recommandée on n'abandonne pas un devoir obligatoire. Mais s'abstenir de leur livrer de l'argent n'est pas une obligation juridique. Et nous avons déjà mentionnée qu'il est licite de verser aux (ennemis) cette somme (de la rançon). Donc., puisque c'est chose recommandée de remplir la stipulation convenue dans le pacte, nous disons qu'il faut qu'on leur verse la somme convenue.

• 3320. Néanmoins, même pour les bêtes de guerre, les armements et les hommes, si le chef de l'Etat est d'avis qu'il faut leur livrer ce qui a été stipulé, il a la faculté de le faire, [3] ne voulant pas que les (ennemis) l'accusent de prefidie, ou qu'ils n'aient plus confiance aux Musulmans pour quelque chose de pareil, par la suite, quand les Musulmans en auraient besoin.

Si l'on disait: "Alors il faut, sur cette base, que le chef de l'Etat musulman remplisse aussi envers eux la stipulation de livrer des armements etc. pour qu'ils aient tranquillité pour l'avenir". Nous dirions: Ceci n'est rien, car même s'ils n'ont plus confiance pour une (rançon sous forme d'armements) cela ne fait pas de tort aux Musulmans.

comm. Car le pire qui puisse arriver de leur part, c'est que, par la suite, ils

---

(1) Le passage entre *_* manque au texte, il nous semble nécessaire de le suppléer, d'après le contexte.

(2) Sarakhsî accentue outre mesure la pensée de Chaibânî; il le contredira même quand, plus loin, il dira que le contraire est autorisé. Or on ne devait pas aller à l'encontre de ce qui est **wâjib** (obligatoire).

(3) Voir la note précédente.

n'amènent plus de Musulmans (prisonniers) pour toucher leur rançon. Pour cette chose hypothétique (**mauhûm**), il n'est pas licite, pour le chef de l'Etat musulman, de leur livrer des combattants (prisonniers ennemis) ou des outils de combat, pour qu'ils s'en renforcent contre les Musulmans.

• 3321. S'ils ont amené des esclaves, hommes et femmes (prisonniers musulmans), et que le reste des circonstances soit le même, alors le chef de l'Etat musulman les saisira, quand il les dominera, par respect pour l'Islam, et ne remettra en rançon aux (ennemis) ni prisonniers ennemis ni même bêtes de guerre ou armements, mais il verra quelle est la valeur de ce qu'il leurs a stipulé, et il la leur remettra. Agir ainsi, c'était recommandé dans le cas précédent, mais c'est obligatoire dans le cas présent.

comm. * Car les ennemis en guerre sont devenus (validement) propriétaires de 1598
ces (esclaves des Musulmans capturés par eux), au point que s'ils embrassent l'Islam-ou se font naturaliser- (alors qu'ils les possédent), le chef de l'Etat musulman n'aura pas la faculté de les leur enlever gratuitement, au contraire du cas précédent.

• 3322. A supposer que ces (ennemis) nous aient remis ces (esclaves prisonniers) contre une rançon en argent, l'argent leur sera payé, mais les maîtres d'origine n'auront rien à faire avec ces (esclaves rachetés).

comm. Car ces (esclaves) sont arrivés en territoire islamique de telle sorte que leurs maîtres d'origine n'avaient aucun droit à les reprendre; donc par la suite non plus aucun droit ne s'établira pour eux à ce propos.

• 3323. Si les Musulmans ne sont pas parvenus à enlever (aux ennemis) les prisonniers musulmans de statut libre, avant qu'on ne convienne de remettre en rançon un nombre égal de prisonniers ennemis, et si ensuite les mécréants (ennemis reprennent les prisonniers leur revenant et restituent aux Musulmans les prisonniers leur revenant, alors on ne pourra rien réclamer à ces prisonniers musulmans au titre du prix payé pour leur rançon, mais ils seront hommes libres, et rien à faire contre eux. Mais parmi ces (prisonniers rachetés) s'il y a des **umm walad** ou des **mudabbar**, on les restituera gratuitement à leurs maître d'origine, sauf si ces (prisonniers) ont demandé eux-mêmes qu'on les achète en payant leur rançon, auquel cas on réclamera d'eux qu'ils paient la valeur des prisonniers (ennemis) qu'on livre pour la rançon des (**mudabbar** rachetés), ou la valeur des bêtes de guerre d'armements (livrés en rançon);-

comm. Car il incombe aux Musulmans de (libérer les prisonniers musulmans), et ce qu'ils paient en rançon est une utilité dont bénéficient ces prisonniers (musulmans libérés);-

• 3324. (Mais il faut distinguer): Si ces (esclaves) ont demandé (ce rachat) sans l'autorisation de leurs maîtres d'origine, mais de leurs propre initiative, alors ce sera à titre de charité de la part de la (communauté musulmane). Mais si ç'a été avec l'autorisation de leurs maîtres d'origine, le droit s'établira pour qu'on réclame à ceux-ci (le remboursement de la rançon des esclalves- **mudabbars** etc. que leur reviennent).

1599 **comm.** * Car c'est ce que ces (maîtres) se sont imposé vis-à-vis des Musulmans, lorsqu'ils ont autorisé les (soldats musulmans) à verser la rançon de ces (esclaves).

• 3325. Si ces prisonniers rachetés sont esclaves de plein droit, et si leur rançon a été payée sans l'autorisation de leurs maîtres d'origine, alors ces maîtres d'origine n'auront aucun droit à les reprendre.

comm. Car le commandant musulman sera comme quelqu'un qui les aurait achetés à ceux qui les ont amenés, moyennant la rançon qu'il leur a versée.

• 3326. Mais si ce (rachat) a été autorisée par les maîtres d'origine, le commandant pourra leur réclamer, qu'ils le veuillent ou non, la valeur de ces (esclaves).

comm. Car le commandant est comme leur repréentant pour racheter ces (esclaves-prisonniers) moyennant la rançon qu'il verse.

Après cela (Chaibânî) ramifie la règle concernant quelque chose dont on a déjà fait mention, à savoir: aux esclaves-**mukâtab** et autres prisonniers, quand le commandant paie la rançon de l'un d'eux, avec ou sans l'autorisation du (maître d'origine). Or nous avons déjà parlé de cette règle à propos du touriste qui va sous sauf-conduit en territoire ennemi. La règle est la même si le chef de l'Etat en verse la rançon sur le territoire islamique.

• 3327. S'il y a parmi les prisonniers un homme d'entre les Dhimmîs, il n'incombe pas au chef de l'Etat musulman de payer sa rançon aux dépens du Trésor Public Islamique;-

comm. Car il s'agit là de biens appartenant aux Musulmans. Avec cela on paie la rançon des prisonniers musulmans, et non celle des Dhimmîs;-

• 3328. Exception faite toutefois du cas où ce Dhimmî serait un combattant (dans les rangs des Musulmans), montrant courage et effort (**jizâ' wa ghinâ'**[(1)]), ou si c'était un guide qui leur indiquait le chemin dans le territoire des mécréants (ennemis): si le chef de l'Etat musuluman est d'avis qu'il faut payer sa rançon aux dépens du Trésor Public, alors pas de grief à cela.

1600 **comm.** * Car en sa libération il y a utilité pour les Musulmans, à propos des points faibles des (ennemis). Or les biens du Trésor Public sont préparés pour de tels (besoins).

• 3329. Il en sera de même si le (commandant) est d'avis qu'il faut payer la rançon du (Dhimmî) sous forme d'un prisonnier (ennemi), tombé (en tant qu'esclave) dans la quote-part d'un soldat (musulman), et qu'il faut en compenser la valeur à ce (soldat musulman), aux dépens du Trésor Public Islamique: pas de grief à cela.

---

(1) Pour le sens de cette expression, maintefois employée, cf. 972 n.

comm. Car, de la part du (commandant) ce sera dans l'intérêt des Musulmans.

• 3330. Mais si le prisonnier est un Musulman, alors il incombe au chef de l'Etat musulman de payer sa rançon aux dépens de l'argent du Trésor Public, pourvu que ce ne soit pas une charge exorbitante pour les Musulmans. Si cela constitue une charge exorbitante, alors pas d'obligation. Vois-tu? Si les (ennemis) réclamaient cent mille dinars en rançon d'un seul prisonnier d'entre les Musulmans, faudrait-il que le chef de l'Etat le fasse? Personne ne le prétendra. Certes si les (ennemis) réclament en rançon de ce (Musulman) un prisonnier ennemi qui est tombé (comme esclave) dans la quote-part de butin d'un soldat (musulman), et que ce soldat désapprouve de le livrer en rançon, alors le chef de l'Etat musulman le lui enlèvera-que celui-ci le veuille ou non-et en compensera au (soldat musulman) la valeur aux dépens du Trésor Public Islamique.

comm. Car la libération d'un Musulman de la captivité est un devoir pour le (chef) comme pour chaque Musulman, selon sa capacité. Donc si ce soldat s'en abstient, le commandant se substituera à lui, tout en lui compensant la valeur (de cet esclave enlevé) aux dépens du Trésor Public Islamique. Ce sera comme si la quote-part de ce soldat lui était enlevé par le droit d'autrui. Cet avis se fonde sur le principe de Chaibânî qui dit qu'il est loisible de remettre un prisonnier en rançon, même une fois que celui-ci a été attribué (à quelqu'un) dans le partage du butin.

• 3331. Si les ennemis en guerre disent: "Nous vous donnerons un prisonnier (musulman) contre deux ou trois prisonniers à nous", et que le chef de l'Etat musulman y voie quelque intérêt évident pour les Musulmans -par exemple si ce (prisonnier musulman) est un de ceux qui lancent des défis et qui montrent courage
et effort (**jiza' wa ghinâ**) - qu'il le fasse. * Mais s'il n'y a pas en ce (prisonnier) un 1601
intérêt évident pour les Musulmans, et qu'il y ait même au contraire un encouragement pour les (ennemis) et une insolence (**tahakkum**) contre nous, alors il n'acceptera pas leur demande.

comm. Car il est nommé pour veiller aux intérêts. Il ne faut donc jamais qu'il néglige l'intérêt des Musulmans en ce qu'il fait pour eux. Ne vois-tu pas que si les (ennemis) demandaient pour un seul prisonnier musulman cent prisonniers à eux, nous ne l'accepterions pas? Il en sera donc de même ici.

• 3332. Si le frère ou le fils de leur roi, prisonnier en nos mains, embrasse l'Islam, puis qu'ils disent: "Nous vous donnerons votre prisonnier musulman à condition que vous nous restituiez le frère du roi" nous n'aurons pas la latitude de le leur restituer.

comm. Car il s'agit là de quelqu'un qui est devenu Musulman. Or il n'est pas licite de payer la rançon d'un (prisonnier) musulman au moyen d'un autre Musulman, étant donné que le but du paiement de la rançon est de libérer un Musulman de la tentation (d'apostasie) qu'on craint pour lui de la part des (ennemis).

• 3333. Mais si ce (prince prisonnier) lui-même l'agrée de son plein gré et qu'il dise: "Remettez -moi à eux et reprenez votre prisonnier", le chef de l'Etat musulman

le scrutera au fond et, s'il y a immunité pour l'Islam de ce (prince)- parce que son Islam est bon (solide et sincère)- il le fera avec le consentement de ce (prince-prisonnier).[1] Mais s'il n'y a pas cette immunité, il ne le fera pas, même si ce (prince) consent à (être livré).

comm. Car s'il n'y a pas immunité pour son (Islam), les apparences veulent que cet homme désire retoruner à ce qu'il était auparavant. Or en aucun cas il n'est permis de lui en donner la possibilité.

• 3334. Ne vois-tu pas ceci? Si quelqu'un apostasie chez nous et que les
1602 (ennemis) nous disent: "Prenez * votre prisonnier et rendez-nous cet apostat-là", nous n'avons pas la latitude de le faire; au contraire nous présenterons l'Islam à l'apostat et, s'il embrasse l'Islam (de nouveau)..., sinon nous le punirons de mort. Il en sera donc de même s'il y a crainte que ce (prince) n'apostasie après qu'on l'aura remis comme prix de rançon.

Certes s'il n'y a aucune crainte de cela pour lui, on ne le remttra en rançon que s'il l'agrée, étant donné qu'on l'expose au risque de mort. Il est évident qu'il ne l'agréera pas tant qu'il ne se sentira pas en immunité. Dans ce cas (du consentement), sa situation sera comme celle d'un Dhimmî ou d'un ennemi venu chez nous sous sauf conduit (en tant que réfugié) et qui lui -même consentirait à ce qu'on le remette comme prix de rançon.

comm. Nous avons déjà mentionné que ceci est chose valide. Il en sera donc de même dans le cas présent.

• 3335. Si un des (ennemis) arrive sous sauf-conduit, accompagné de dix prisonniers musulmans, afin de les échanger, en rançon, contre certains (prisonniers ennemis), et qu'il les détermine nommément, mais qu'il les trouve tués ou morts d'autre manière, s'il veut remener les prisonniers qu'il fait venir avec lui, on l'en empêchera: si ces (prisonniers musulmans) sont des hommes de statut libre, le commandant musulman les laissera partir et il dira à (l'ennemi sous sauf-conduit): "Regagne ton pays, car on ne te doit rien";[2]

comm. Car il n'en était point devenu propriétaire;-

• 3336. Mais s'il s'agit là d'esclaves, hommes et femmes, le (commandant musulman) obligera cet (ennemi) à les vendre (à un Musulman), tout de même que s'il était sous sauf-conduit avec certains esclaves qui eussent embrassé l'Islam sur notre territoire.

A supposer que ce (touriste ennemi) ait obtenu, dans le pacte de sauf-conduit, la stipulation qu'il achèterait ces (prisonniers ennemis) et que nous les lui remettrions, mais que les maîtres de ces (prisonniers réduits en esclavage et partagés

(1) cf supra III 299 - 300

(2)On a déjà rencontré cette opinion particulière à Chaibânî.

en butin) refusent de les vendre, alors il faut que le commandant musulman honore la condition stipulée avec les (ennemis), s'il obtient de leur part la livraison des (prisonniers musulmans) de statut libre; * et il versera aux (ennemis) la valeur des 1603
(prisonniers ennemis) qu'il a stipulé de leur (remettre), en pièces de dirhams ou dinars. Mais si leurs maîtres les vendent (à cet ennemi), alors non plus le chef de l'Etat musulman ne le laissera ramener sur le territoire ennemi aucun de ces (esclaves rachetés par cet ennemi), si ceux-ci ont embrassé l'Islam.

comm. En statut légal, ce cas est pareil à cet autre où le (touriste ennemi) amène des esclaves musulmans.

• 3337. Si les Musulmans et les ennemis concluent un traité de trêve pour cesser la guerre pendant un an, afin de réfléchir sur les choses, et si les parties contractantes veulent se donner mutuellement des otages, à la condition que si une des parties trahissait, il serait licite à l 'autre de verser le sang des otages fournis par la partie adverse, alors pas de grief à remettre des otages de cette façon, pourvu que les Musulmans choisis dans ce but l'agréent eux-mêmes.

comm. Car on est sûr que ces otages musulmans n'apostasieront pas. Et il est évident qu'ils n'agréeront pas (d'être otages) s'ils craignent pour leur vie. Or nous avons déjà mentionné qu'il est licite de remettre un Musulman comme prix de rançon dans de telles conditions (cf supra III, 330 le cas de prince ennemi qui embrasse l'Islam). Il sera licite, à plus forte raison, d'en livrer un comme simple otage, s'il y a utilité pour les Musulmans.

• 3338. Il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman contraigne à cela quelqu'un des Musulmans, sauf quand les mécréants (ennemis) ont une si forte puissance que les Musulmans ont peur pour eux vis-à-vis de ces (ennemis), auquel cas, pas de grief à ce qu'on contraigne des otages à y (aller), vu qu'il y a de l'utilité pour l'ensemble de la communauté musulmane, tandis que si l'on s'abstenait de cette trêve, il y aurait crainte de destruction pour la communauté des musulmans. Et ceci établit, pour le chef de l'Etat musulman, * sa compétence (pour les contraindre), 1604
même s'il y a crainte pour des particuliers musulmans à savoir pour les otages. Cela en vertu du principe bien-connu que, si on est éprouvé par deux épreuves, il faut choisir la moins grave des deux.

Si chacune des deux parties contractantes obtient des otages de la partie adverse, puis que les mécréants trahissent et assassinent les otages (musulmans) qui se trouvent en leurs mains, il n'est néanmoins pas licite aux Musulmans de mettre à mort les otages qui sont en leurs mains, non plus que de les réduire en esclavage;-

comm. Car ils jouissent de l'aman chez nous. Or l'effet de l'aman n'est pas annulé par la trahison de la part des (autres) mécréants (ennemis), à cause de cette parole de Dieu (Q. 6/164, 17/15, 35/18, 39/7, 53/38): **"nul porteur ne porte le port d'autrui"**;-

• 3339. Toutefois les Musulmans ne les laisseront pas rentrer dans leur pays, mais ils les déclareront Dhimmîs (sujets non-musulmans de l'Etat islamique).

comm. Car ils avaient consenti à rester dans notre territoire jusqu'à ce qu'on nous rende nos otages. Puisque cela est devenu impossible (pour eux maintenant), ils seront détenus dans notre territoire pour l'éternité, à cause du consentement qu'ils avaient donné. A noter qu'un mécréant ne peut pas séjourner eternellement chez nous, tout en persistant dans sa mécréance, sauf au moyen de la capitation (**jizya**).

comm. Le cheikh, le savant dirigeant (= Sarakhsî) ajoute ceci: Il est rapporté que le Dawânîqî [1] (=le calife 'abbâside al-Mansûr) avait stipulé une semblable condition avec une certaine peuplade d'ennemi en guerre, puis que celle-ci trahit et assassina les otages musulmans. Le (calife) assembla les savants de l'époque et leur demanda ce qu'il fallait faire des otages ennemis. Et eux de dire: "Tu as la faculté de les mettre à mort, à cause de la condition qu'ils ont stipulée". Dans la compagnie il y avait aussi Abû Hanîfa, qui ne disait rien. Le calife s'adressa à lui: "Pourquoi ne dis-tu rien?" Alors lui: "Si ces (jurites) te disent cela sur la base de leur opinion, ils commettent une erreur; et s'ils le disent selon ton désir, ils te frelatent. Car tu n'as nullement faculté de molester ces (otages) ni par décapitation ni par réduction en esclavage". Lui: "Et pourquoi? Et ils (=les ennemis) ont pourtant stipulé cette condition." Alors Abû Hanîfa: "Parce qu'ils t'ont stipulé quelque chose d'illégal; et tu leur a stipulé quelque chose qui n'est pas licite selon la loi islamique. En effet, toute condition contredisant le Livre de Dieu est nulle et non avenue. Or Dieu le Très Haut a dit (dans le Qur'an, cité plus haut): **"Nul porteur ne porte le port d'autrui."** Et Abû Hanîfa durcit la parole (au calife).Et le (calife) de murmurer: "Jamais je ne t'ai appelé pour eux sans que tu ne proposes quelque chose qui me déplaise. Allez vous-en". Il les assembla encore le lendemain, et (lui) dit: "Il me paraît que le correct est ce que tu as dit. Que faire alors de ces (otages)? (Abû Hanîfa) répliqua: "Demande à ces savants". Il leur demanda; et eux de dire:"Nous
1605 ne savons pas." Alors Abû Hanîfa: "Tu leur imposeras * la capitation". Le calife: "Pourquoi?" Abû Hanîfa: "Parce qu'ils se sont constitués détenus chez toi jusqu'au retour de (nos) otages, chose qui leur échappe (maintenant)". Le calife fit alors des éloges à la parole d'(Abû Hanîfa) et le laissa partir avec un beau présent.

Si l'on disait: "Si cette condition est illégale, pourquoi (Chaibânî) a-t-il dit (supra, III, 331): "Pas de grief à remettre des otages de cette façon?" Nous dirions: Parce que les Musulmans ont eu besoin de cette (condition) [2] qui, à elle seule (dans un contrat), est incapable de rien faire ou défaire, au contraire du fait de la mise à mort des otages sur la base de cette même condition.

(1) Ce mot signifie: "celui aux petits sous" (le dâniq étant la pièce de monnaie de la moindre valeur), sobriquet qui fut donné au calife al-Mansûr à cause de sa grande économie et avarice. Selon al-Mabsût (x, 129) du même Sarakhsî, cette affaire eut lieu avec les habitants de Mossoul. Cf. aussi infra IV, 43, pour un autre cas semblable du traitreux massacre des otages musulmans avec impunité pour les otages ennemis, parce que ceux-ci n'étaient pas personnellement responsables de l'acte de leur gouvernement.

(2) Il veut dire que la nécessité avait autorisé à contracter la chose illégale, (ici, remettre des Musulmans comme otages), mais il n'y a pas pareille nécessité pour mettre à mort les otages ennemis.

• 3340. Si les (ennemis) ont remis des otages et obtenu aussi des otages de la part des Musulmans, puis qu'il y ait possibilité pour les Musulmans de leur arracher les otages musulmans, pas de grief à ce qu'ils le fassent;-

comm. Cela pour la raison que nous avons mentionnée, à savoir que ces (ennemis) prévariquent en détenant des otages musulmans.(1) Or il n'est pas loisible de donner l'aman pour le maintien d'une prévarication quand on a la possibilité de la faire s'évanouir;-

• 3341. Puis on ne leur restituera pas leurs otages avant qu'on ne soit à l'abri de ce qu'on craignait de la part de ces (ennemis, au moment d'échange d'otages). Donc quand on en sera à l'abri, on leur restituera leurs otages. Ceci ne constitue pas une trahison de la part des Musulmans. On a déjà évoqué auparavant une chose semblable: Si le commandant * de l'armée musulmane a quelque crainte de gens qui 1606
se sont rendus sous sauf-conduit dans le campement (musulman), il lui est loisible de les transférer jusqu'en territoire Islamique, que ceux-ci le veuillent ou non, afin de s'abriter contre ce qu'on craint; puis on les laissera rentrer dans leur territoire, (cf. supra • 800-801). On argumente selon la même analogie, étant donne que leurs otages jouissent de l'aman de notre part.

• 3342. Si ceux (des ennemis) qui détiennent les otages (musulmans) refusent de les rendre aux Musulmans si ce n'es par des combats, alors pas de grief à ce qu'on les combatte et qu'on les tue dans ce but.

comm. Car ceux qui détiennent des Musulmans de statut libre veulent les transporter dans leur territoire, sans droit. Les Musulmans n'ont d'autre faculté * que de les combattre afin de libérer ces (musulmans) des mains des prévaricateurs, si cela est possible.

• 3343. Si les (ennemsi) disent aux Musulmans: "Nous ne vous combattront jamais, mais ne vous rendrons pas non plus (vos) otages tant que vous ne nous aurez pas rendu nos otages", et si les Musulmans ont toujours crainte de cette chose pour laquelle ils ont conclu la trêve, ils ont la faculté de ne pas leur rendre leurs otages mais plutôt ils commenceront à les combattre afin de reprendre les otages musulmans, si cela leur est possible. Au contraire, si les (Musulmans) sont (maintenant) en sécurité vis-à-vis de cette chose-là, il faut qu'ils leur rendent leurs otages.

comm. Car ils n'ont pas besoin de détenir ces otages (ennemis), au contraire du cas précédent, où en effet ils avaient besoin de détenir des otages (ennemis), afin de faire évanouir la crainte des Musulmans. Donc il ne faut pas qu'ils rendent les

(1) On ne peut que s'étonner de cette rigueur de la part de Chaibânî qui vient de montrer tant d'humanité et de sens de la justice à l'égard des otages ennemis (quand les otages musulmans ont été assassinés). Des otages ne sont point des prisonniers. N'y a-t-il pas dans cette violation, voire dans cette trahison, la crainte de perdre, à l'avenir, tout crédit auprès des adversaires, crainte que Chaibânî a sans cesse évoquée à d'autres propos? Voir aussi supra III, 60, 304 etc. Honorer la parole donnée comme caractéristique des Musulmans.

otages aux (ennemis); au contraire, ils les combattront afin de libérer les Musulmans de la main de ces (ennemis).

1607 • 3344. Si les (ennemis) qui ont reçu des otages (musulmans) * ont atteint le lieu de leur puissance résistante, et que les Musulmans aient conclu une trêve avec ces gens-là, alors il ne faut pas que les Musulmans les combattent avant d'avoir dénoncé formellement la paix avec eux, au contraire du cas où ces (ennemis) n'auraient pas encore atteint le lieu de leur puissance résistante.

comm. Car dans ce dernier cas, ils ne combattraient ces (ennemis) que pour leur reprendre les otages, et point pour rompre la trêve. Mais quand les (ennemis) ont atteint le lieu de leur puissance résistante, le combat ne concerne pas les otages mais il est pour rompre la trêve. On le fait que la trêve était correcte nous empêche de les combattre avant de l'avoir dénoncée formellement.

• 3345. (Chaibânî) poursuit: Si les (ennemis) arrivent accompagnés de prisonniers musulmans, puis qu'ils proposent (**litt.** crient) le rançonnement mutuel (=l'échange de prisonniers), à partir d'un endroit où ils possèdent de la puissance résistante, puis qu'ils veuillent remener chez eux ces (prisonniers musulmans), quand on n'a pas pu se mettre d'accord pour le rançonnement mutuel, si les Musulmans les poursuivent, leur reprennent ces (prisonniers musulmans), les capturent et leur arrachent leurs biens, en tout cela, pas de grief.

comm. Car ces gens-là n'ont, à aucun moment, obtenu aman de notre part.

• 3346. A supposer que dans ces (prisonniers ainsi libérés) il y ait un esclave ou une esclave, le maître d'origine de cet individu le reprendra: avant le partage en butin (de cet esclave), sans rien payer; et après le partage, contre sa valeur.[1]

comm. Car les (Musulmans) ont capturé ces (prisonniers) à titre de butin.

• 3347. Mais ce sera le contraire si les (ennemis) se rendent chez nous sous sauf-conduit, puis qu'ils veuillent remener chez eux les (prisonniers), quand ils n'ont pas pu conclure le traité de rançonnement mutuel (=de l'échange de prisonniers). En effet nous avons déjà mentionné pour un tel cas que, si on leur arrache les esclaves, hommes et femmes, (par l'exercice de la force), avant qu'ils aient atteint le lieu de leur puissance résistante, il faudra leur verser la valeur des (esclaves arrachés), étant donné que ces (ennemis) jouissaient de notre aman. Et pas de grief à ce que nous combattions cette (délégation ennemie) pour cette (libération des prisonniers musulmans).

1608 **comm.** * Car il est obligatoire de faire libérer les Musulmans, de la main des (ennemis). Si ces (ennemis) le refusent, il est loisible de les combattre même au risque de la vie (pour les Musulmans), Ne vois-tu pas ceci? Si un voyageur se rend sur le territoire islamique sous un sauf-conduit, et que son esclave embrasse l'Islam, si le voyageur refuse de vendre cet (esclave) et veut le ramener en territoire ennemi,

(1) Il manque à l'éd. le mot: بالقيمة , que nous suppléons d'après le MS de Carullah (Istanbul).

il sera loisible de le combattre à ce (qu'il en dispose par la vente à un Musulman). Car il résiste à la juridiction islamique après se l'être imposée, étant donné que cette règle (de disposer de son esclave si celui-ci embrasse l'Islam) fait partie des devoirs que le voyageur sous sauf - conduit s'est imposés par le contrat de sauf conduit. Et tant qu'il n'a pas atteint le lieu de sa sécurité, il reste sous la juridiction des Musulmans. Il sera donc licite de le combattre là -dessus. Il en sera de même, donc, dans ce qui précède (où l'ennemi veut ramener le prisonnier parce que le pacte du rançonnement n'a pu être conclu). Et Dieu sait mieux.

*** Chapitre (159)** 1609

DU RANÇONNEMENT MUTUEL AU MOYEN DE MINEURS OU DE MAGEURS D'ENTRE LES PRISONNIERS RÉDUITS EN ESCLAVAGE, ETC.

• 3348. (Chaibânî) dit ceci: Pas de grief à ce que le commandant d'un détachement musulman accepte le rançonnement, prisonniers contre prisonniers, si les ennemis le demandent et si les membres de ce détachement l'agréent de leur plein gré. Et à ce propos, tous les prisonniers (ennemis), hommes, femmes et enfants, sont égaux, tant qu'on n'a pas constaté leur islamisation.

comm. Car l'administration de la guerre est confiée à ce (commandant). De plus, dans cette (transaction) il y a de l'utilité pour les Musulmans, étant donné que les Musulmans qui reprennent leurs (prisonniers) obtiennent quelque chose qui les met beaucoup plus au large que ne le faisaient ceux qu'ils rendent (aux ennemis). Toutefois la condition est que les membres du détachement agréent à cette transaction, étant donne que leur droit s'est établi sur les prisonniers (ennemis qu'ils devaient partager en butin). Voilà pourquoi il faut que le (commandant musulman) obtienne leur consentement pour ce rançonnement (=pour cet échange de prisonniers), étant donné que ceci fait tomber leur droit de là où leur droit s'est établi.

• 3349. Il en sera de même si (les prisonniers ennemis) ont été ramenés sur le territoire islamique, et cela tant qu'on n'aura pas constaté l'islamisation de ce ces prisonniers. Cela au point que si des mineurs, parmi les prisonniers réduits en esclavage, sont accompagnés de leurs pères et de leurs mères, on ne considérera pas ces (mineurs) comme Musulmans, (par le droit du territoire comme c'est le cas des mineurs capturés mais non accompagnés de leurs parents), tant que ces mineurs eux-mêmes (lors de l'âge de discernement) n'auront pas embrassé l'Islam de leur propre mouvement. Il sera donc licite de livrer ces (mineurs non encore islamisés) en rançon pour la libération (des prisonniers musulmans).

• 3350. Il en sera de même si les pères et mères de ces (mineurs) meurent sur notre territoire (quand ils ont été capturés en même temps que leurs enfants).

comm. Car, au sujet de la religion (du mineur) le sens de dépendance (du

mineur à son parent) à titre d'incidence (une fois établi), n'est pas coupé par la mort (du parent).

1610 * Ne vois-tu pas que les enfants de Dhimmîs ne sont pas decrétés Musulmans, si leurs pères et leurs mères meurent sur le territoire islamique alors qu'ils sont encore mineurs?

Il en sera de même si les pères et les mères des prisonniers mineurs sont avec ces (mineurs) et que les mécréants (ennemis) demandent qu'on leur livre en rançon les mienurs en particulier. Pas de grief à ce qu'on le fasse, même si cela comporte la séparation entre les (petits) enfants et les parents, (chose interdite par le Prophète).

Car cette séparation a lieu à cause d'un droit. Or faire libérer des Musulmans en captivité chez les mécréants vaut mieux et mérite davantage la récompense divine que de ne pas séparer les petits enfants de leurs parents (au sein des prisonniers). (1)

• 3351. Mais il n'est pas licite de libérer leurs enfants contre de l'argent, pas plus qu'il n'est licite de le faire des adultes parmi eux.

comm. Car le mineur grandira et pourra alors combattre (contre les Musulmans); il aura aussi de la progéniture.

C'est le contraire, dans le cas des vieux et des vieilles, dont on n'attend plus qu'ils aient de la progéniture.

Car si on les rend aux mécréants, ce n'est en aucun sens renforcer ceux-ci dans les combats; tandis qu'avec les mineurs, il y a ce sens.

• 3352. (Revenons au tout premier cas). Si les membres du détachement ou de l'armée refusent de livrer (leurs) prisonniers en rançon (pour libérer les prisonniers musulmans), alors le commandant musulman n'a pas la faculté de livrer ces (prisonniers ennemis) en rançon, à moins de donner une compensation aux (soldats musulmans) pour cela. Exception faite toutefois d'un seul cas, à savoir que s'il y a des hommes (adultes) parmi les ennemis que les Musulmans ont capturés, il n'y a pas à faire grief de les livrer en rançon pourvu que ce soit avant leur partage en butin, même si les membres de l'armée ou du détachement ne l'agréent pas.

comm. Car (jusqu'au partage), leur commandant a la compétence de mettre à mort les prisonniers hommes (adultes), cependant que cette mise à mort annule le droit des membres de l'armée à ces (prisonniers) sans pour autant obtenir l'avantage de la libération des Musulmans, de la main des mécréants. Il sera donc à plus forte raison de sa compétence s'il les livre pour cette utilité qu'est la libération (des prisonniers Musulmans). C'est au contraire du cas des prisonniers, femmes et
1611 mineurs. réduits en esclavage, et aussi du cas * des biens tels que bêtes de guerre et armements etc., car pour ces (objets) il n'y a pas compétence pour annuler le droit

---

(1) cf. aussi supra III, 288

des conquérants à moins de leur verser une compensation, s'ils refusent d'y renoncer. Et cette compensation incombera au Trésor Public Islamique.

Mais après le partage des butins, il n'a pas compétence même pour livrer des hommes (adultes) en rançon (pour l'échange de prisonniers), sauf avec le consentement de ceux dans la quote-part de qui ces (prisonniers adultes) sont tombés.

Car dès que le (commandant) les a partagés on butin, il lui devient interdit de les mettre à mort. Leur condition est alors comme celle des femmes et les enfants (prisonniers).

• 3353. Si celui dans la quote-part de qui tombent ces prisonniers mâles destinés à être livrés en rançon refuse de céder, et que les mécréants aussi refusent de rendre les prisonniers musulmans autrement que contre ces (prisonniers ennemis-là), alors il faut que le chef de l'Etat musulman les achète à leurs maîtres musulmans, pour les livrer ensuite en rançon. Si ces maîtres refusent de les vendre, le (chef) les évaluera à leur juste valeur et les prendra à (leurs maîtres) contre cette valeur, que ces maîtres le veuillent ou non.

comm. Car livrer ces (prisonniers) en rançon est un devoir positif, et le chef de l'Etat donnera une compensation à leurs maîtres, aux dépens du Trésor Public. Et s'ils refusent, le chef de l'Etat se substituera à eux (pour prendre leurs esclaves malgré eux). Ce sera à l'instar du cas d'un Dhimmî: si son esclave embrasse l'Islam et si ce (Dhimmî) refuse de le vendre (à un Musulman), le chef de l'Etat se substituera au Dhimmî, puisque celui-ci s'abstient (refuse) de faire ce que de droit.

• 3354. Il en sera de même si les mécréants (ennemis) réclament la rançon sous forme d'esclaves non -musulmans appartenant aux Dhimmîs: le chef de l'Etat musulman obtiendra le consentement de ces (Dhimmîs, tout en les en dédommageant).

comm. Car, puisque la livraison en rançon des Dhimmîs hommes libres, est autorisée, avec leur consentement, [1] la livraison en rançon de leurs esclaves le sera bien plus.

• 3355. Et ici on ne prendra pas en considération le consentement de ces esclaves.

comm. * Car ce sont des esclaves, et un esclave n'a rien à dire pour son 1612
transfert de l'un à l'autre titre de propriété, que son dire soit pour l'agrément ou le désagrément.

• 3356. Si ces (Dhimmîs) refusent de vendre leurs (esclaves), le (chef de l'Etat musulman) évaluera ceux-ci à leur juste valeur.

comm. Car s'il est établi qu'il a une telle compétence sur la propriété des Musulmans-afin de libérer les prisonniers musulmans de l'avilissement qui leur

(1) cf. supra III. 299-300

vient des mécréants-il sera établi, à plus forte raison, qu'il a cette compétence sur la propriété des Dhimmîs.

• 3357. Se le commandant de l'armée (musulmane) paie la rançon de certains (prisonniers) musulmans de statut libre, moyennant des prisonniers ennemis (réduits en esclavage), et avant que ceux-ci aient été vendus ou partagés en butin, puis que les membres de l'armée disent: "Nous reprendrons la valeur de ces (prisonniers rendus à l'ennemi), sur ces Musulmans (libérés en échange)", on ne prendra pas en considération leur réclamation.

comm. Car on a payé la rançon de ces (Musulmans) sans que ceux-ci l'aient demandé. On sait que si on libère des (Musulmans de la captivité) sans leur demande, aux dépens de la propriété privée des Musulmans, ceux-ci n'ont pas la faculté de la leur faire rembourser. Ce sera donc ainsi à plus forte raison si on les libère aux dépens de quelque chose qui fait partie du butin (non encore partagé).

Mais à supposer que ces (prisonniers musulmans) aient demandé au chef de l'Etat musulman de les racheter moyennant ces (prisonniers ennemis) et avec la condition que les soldats musulmans auront une créance sur ces (prisonniers musulmans ainsi libérés), alors ce sera comme ils l'ont stipulé, et il leur incombera de verser la valeur des (prisonniers ennemis) qu'on a livrés en rançon, pourvu que cette valeur soit perçue sur eux et déposée dans le butin général; on y prélèvera le cinquième governemental, et on partagera [1] le reste entre les conquérants.

comm. Car le remplaçant (ici, la valeur) a le même statut légal que le remplacé (ici, les prisonniers ennemis réduits en esclavage).

• 3358. Mais, à supposer que, au lieu des hommes de statut libre il ya ait des esclaves, hommes et femmes, qui ont été fait prisonniers (par **l'ennemi**) et que le reste des circonstances soit le même, alors les esclaves, hommes et femmes, que le chef de l'Etat musulman obtiendra (en échange des prisonniers ennemis) doivent être déposés dans le butin général, comme s'il avait acheté ces (esclaves) moyennant les prisonniers qu'il a livrés (à l'ennemi); ensuite leurs maîtres d'origine auront le choix entre: les reprendre contre la valeur des prisonniers que le chef de l'Etat
1613 musulman * a livrés en rançon de ces (esclaves musulmans)-et ce qu'ils auront remboursé sera déposé dans le butin général-ou y renoncer. Et il sera égal que les prisonniers pris sur les mécréants (ennemis) soient de même valeur que les esclaves musulmans, hommes et femmes, ou moins ou plus, et peu importe si la différence est si (minime) qu'on ait pu s'y tromper, ou si elle ne l'est pas.

Car le (hef de l'Etat musulman) a compétence pour mettre à mort les prisonniers pris sur les mécréants, en quoi il y a annulation (=perte) du droit des conquérants et sans aucune compensation: il aura donc à plus forte raison compétence pour cela, s'il ya a une compensation pour les (conquérants) même si elle est de moindre valeur que les (prisonniers rendus à l'ennemi).

---

(1) Coquille dans l'éd., où: يقسم ويخمس ; à lire: يخمس ويقسم

• 3359. Supposons que ce rançonnement mutuel(=échange de prisonniers) vise des femmes et des enfants (ennemis): Si la valeur (de ces prisonniers ennemis) est égale ou légèrement différente (de celle des esclaves musulmans à racheter), alors pas de grief à ce que le commandant effectue (cet échange) sans même le consentement des membres de (son) armée; et ce sera comme s'il vendait les butins. Mais si ce qu'il livre (à l'ennemi) a une valeur tellement supérieure qu'on ne puisse pas s'y tromper, alors il n'est pas loisible au chef de l'Etat musulman (commandant) de le faire sans le consentement des membres de (son) armée, à moins de leur rendre, aux dépens du Trésor Public Islamique, une somme qui suffise à (égaler) la valeur des prisonniers qui leur appartenaient. Dans ce cas, on traitera la partie comme le tout. Après cela, on ramassera tout (c.-à-d. le butin général et les esclaves musulmans rachetés on échange des prisonniers, ou la valeur des prisonniers ennemis livrés, si les maîtres d'origine des prisonniers-esclaves musulmans ont repris ces prisonniers), on y prélèvera le cinquième gouvernemental, et on partagera les quatre-cinquièmes restant entre ceux qui ont capturé les butins.

comm. En principe la rançon pour racheter un prisonnier musulman grève la terre qu'il a défendue par ses combats (le distict de son domicile, en somme): on la déduira de l'impôt foncier (**kharâj**) de cette terre et on payera la rançon du prisonnier musulman qui a défendu cette même terre;

Car si on parvient à encaisser cet impôt foncier, c'est à cause de la défense de la sûreté de cette terre, et cette sûreté s'obtient par les combattants qui combattent pour la défendre. Donc si on a besoin de payer la rançon de ces mêmes combattants, cet impôt doit venir au secours de leur rançon, afin qu'à la responsabilité corresponde le bénéfice;-

• 3360. * S'il n'y a pas d'impôt foncier pour la terre du (prisonnier musulman), 1614
on prélèvera sa rançon sur l'impôt foncier d'une autre terre du territoire islamique.[1]

comm. Car combattre pour une terre du territoire islamique, c'est comme de combattre pour la totalité du territoire, étant donné que les mécréants désirent occuper tout le territoire islamique s'ils le peuvent. Donc ceux des Musulmans qui combattent ces (ennemis) leur interdisent la totalité du territoire islamique.

Puis (Chaibânî) tire arguement, en faveur de la thèse selon laquelle il faut prendre en considération (=obtenir) le consentement des (soldats) musulmans pour livrer en rançon (une partie de leurs butins), de l'histoire des prisonniers (ennemis) de la bataille des Hawâzin: A ce moment- là, le Prophète restitua six mille prisonniers, quand les Hawâzinites eurent embrassé l'Islam.

L'histoire est celle-ci: la délégation des Hawâzinites (en fuite) se présenta et

---

(1) Le commentaire qui suit reconnaît que la frontière ou la garde de la frontière défend tout le territoire. Il faut donc que la rançon d'un soldat n'incombe pas sur un district mais sur la totalité du territoire, sur le Trésor Central. D'ailleurs il ne précise pas ici quand il dit "sur ... une autre terre", laquelle? Sans doute la phrase est mal tournée, à moins que le texte ne soit défectueux.

dit: "O Envoyé de Dieu, dans ces enceintes, il y a aussi, (captives), tes tantes de lait, paternelles et maternelles. Si nous avions allaité an-Nu'mân Ibn al-Mundhir ou quelque autre roi arabe, il aurait été bienveillant envers nous pour cela, alors que tu es le plus charitable (**abarr**) des gens et le plus porté à être bon envers les parents (auşal)!" Ils dirent cela parce que le Prophète avait été placé en nourrice dans cette tribu. Quand le (Prophète) l'entendit, ils s'adoucit pour eux, et dit: "Quand nous aurons célébré l'office de midi, levez-vous et répétez ce que vous venez de dire." Ils le firent. Alors le Prophète répondit: "Je vous ai attendus, et vous avez retardé votre arrivée si longtemps qu'(en désespoir de vous revoir) on a partagé les prisonniers en butin entre les Musulmans, selon les quotes-parts légales. Toutefois tout ce qui m'est dévolu, à moi ou à un membre de la tribu des Quraich-(voulant certainement dire seulement sa famille, les Banû Hâchîm et les Banû al Muttalib)-je vous le rends." Quand les Musulmans l'entendirent, les Muhajirûn (émigrés d'origine mecquoise, surtout les Quarich) et les Ansâr (Musulmans d'origine médinoise) dirent: "Nous rendons nous aussi ce qui nous est dévolu." Mais 'Uyaina Ibn al Hişn dit: Quant à moi et à (ma) tribu des Banû Fazâra, non". De même al-Aqra' Ibn Hâbis: "Quant à moi et à (ma) tribu des Banû Tamîm, non". Quand il y eut cette divergence, le Prophète reprit la parole: "Voilà des gens qui se sont rendus et ont embrassé l'Islam. Rendez -leur donc leurs prisonniers. Et celui qui refuse, il nous incombera de lui livrer, pour chaque tête (de prisonnier), six chemeaux, du premier butin que nous capturerons."(1)

Ne vois-tu pas que le (Prophète) demanda leur consentement et, à qui le refusait, il s'impose de donner une compensation, et qu'il restitua ainsi ces (prisonniers déjà partagés) à leurs familles d'origine? Cela devient donc un principe de base pour le statut légal du problème que nous avons traité dans ce chapitre. Et tout pouvoir provient de Dieu le Très-Haut.(2)

1615

* Chapitre (160)
DE LA TRÉVE

3361. Abû Hanîfa est d'avis qu'il ne faut pas faire la trêve (**muwâda'a**) avec les mécréants si les Musulmans ont des forces (suffisantes) contre eux.

comm. Car la (trêve) constitue ou bien l'abandon des combats commandés (par Dieu) ou leur retardement. C'est là quelque chose que le commandant (chef de l'Etat musulman) ne doit pas faire sans nécessité. Dieu a bien dit (Q 3/139): "**Ne faiblissez pas, ne vous affligez pas: vous serez les très-hauts, si vous êtes croyants**".

• 3362. Certes, si les musulmans ne sont pas de force à prévaloir sur eux, alors pas de grief à la trêve.

(1) Pour les détails, voir Hamidullah, *Le Prophète de l'Islam*, I. 325.

(2) Fin du t. 3 de l'édition de Haiderâbâd

comm. Car la trêve est, dans ce cas, plus utile aux Musulmans. Dieu a bien dit (Q 8/61): **"Et s'ils inclinent à la paix, alors incline-s-y..."** En outre, la (trêve) fait partie de l'administration de la guerre, étant donné qu'il incombe au combattant d'abord de préserver sa force, et de chercher ensuite à avoir le dessus et la domination (sur l'ennemi), s'il le peut.

Ne vois-tu pas que le petit suce le sein tant que les dents ne lui sont pas poussés, et qu'ensuite il mange de la viande, quand les dents sont poussées. Ainsi il est évident que la trêve a son intérêt quand la condition des Musulmans est faible; s'en abstenir et s'occuper de la guerre, c'est pour quand les Musulmans ont de la force.

* Tirant argument pour la licéité de la trêve, (Chaibânî) cite le fait que le 1616
Prophète lui-même en a conclu, et que les Muslumans aussi en ont fait depuis lors jusqu'à nos jours.

• 3363. Ainsi Muhammad Ibn Ka'b al-Qurazî rapporte que, lorsque le Prophète se rendit à Médine, tous les Juifs (de la région) conclurent un traité de trêve avec lui, et l'on écrivit un écrit [1] entre lui et eux. Là le (Prophète) rattacha chaque groupement (Juif) à ses alliés (Musulmans médinois). Là il leur stipula qu'ils ne secourraient aucun ennemi contre lui. Par la suite, quand le Prophète rentra à Médine après le bataille du Badr,[2] les Juifs se rebellérent et rompirent le pacte qui existait entre eux et le Prophète. Celui-ci les invita à une assemblée et leur dit: "O peuple des Juifs, embrassez l'Islam et vous serez saufs; car, par Dieu! vous savez que je suis l'Envoyé de Dieu." Selon un autre récit, il dit: "Ebbrassez l'Islam avant que Dieu vous fasse parvenir un évènement comme celui qui est parvenu aux Quraich à Badr."

comm. Ce comportement (du Prophète) sert donc de base pour établir la licéité de la trêve, quand les Musulmans se sentent faibles, et pour tenter la guerre, quand ils ont de la force. Puis quand le (chef de l'Etat musulman) conclut la paix avec eux, pas de grief à ce qu'il obtienne d'eux une compensation (**ju'l**) pour cette (trêve). Car s'il lui est licite de conclure pour rien la trêve avec eux, il lui sera loisible, à plus forte raison, de le faire pour des biens.

Ces biens (en cadeau) auront le même statut que le tribut (**kharâj**): on n'y prélèvera pas le cinquième gouvernemental, mais on les déposera avec les revenus du tribut (dans le Trésor Public).

Car il s'agit des biens d'ennemis en guerre, que les Musulmans ont obtenus sans y avoir engagé ni chevaux ni chameaux; donc ce ne sera pas comme le butin. Comme l'indique cette parole de Dieu (Q 59/6): **"...or vous n'y avez engagé ni chevaux ni chameaux..."**

(1) Pour le texte complet voir Hamidullah, op. cit., I, 133-137

(2) Pour les détails, Hamidullah, op. cit., I, 144 et suiv

En pareil cas, pas de grief non plus à ce qu'on fasse la trêve avec des apostats qui ont prédominé sur leur territoire, vu que les Musulmans ne sont pas de force à les combattre. Voilà pourquoi il est mieux pour les (Musulmans) de faire la trêve avec (ces apostats). Il est toutefois désapprouvé d'obtenir une compensation (**ju'l**) de ces (apostats), au contraire du cas des belligérants ordinaires.

Car ce qu'on obtient pour faire la trêve a le statut du tribut. Or il n'est pas premis de lever le tribut sur des apostats, en les admettant comme Dhimmîs. Ni donc (d'en obtenir un tribut en concluant la trêve; au contraire du cas des belligérants ordinaires.

• 3364. Mais si le chef de l'Etat musulman l'a déjà aperçu d'eux, il ne le leur rendra pas.

comm. Car, pour ces (apostats), il n'y a de la part des Musulmans aucune immunité, ni pour leurs personnes ni pour leurs biens; et dès que ces (apostats) prévalent, dans leur région, celle-ci devient territoire de l'ennemi en guerre, au point que si les Musulmans les conquièrent, les biens de ces (apostats) constituent des butins pour les Musulmans.

• 3365. Il en sera de même de ce qu'on a reçu d'eux en échange de la trêve: ce sera laissé aux Musulmans, et on ne le renira pas aux (apostats), même si par la suite ils embrassent de nouveau l'Islam.

De la même façon, il n'y a pas à faire grief de conclure une trêve avec des rebelles (**ahl al-bagh'y**)-pour la raison que nous avons évoquée-et, dans leur cas, le besoin de la trêve est plus manifeste.

comm. Car il se peut qu'ils réfléchissent (pendant la trêve), et qu'ils se repentent et se réintègrent (à la communauté des Loyalistes).

1617 * Il ne faut pas qu'on obtienne d'eux de l'argent à titre de compensation (**ju'l**), étant donné qu'il s'agit, (en cas de rebelles), de Musulmans, dont il n'est pas licite d'exiger la capitation (**kharâj min ar-ra's**); et pour le tribut qu'on reçoit d'eux de cette façon, en échange de la trêve, il faut distinguer: Si on l'a déjà reçu, on le leur rendra après que **"la guerre aura déposé ses charges"** (cf Q. 47/4).

Car les (rebelles) sont des Musulmans. Si on capture d'eux des biens par des combats, il est obligatoire de les leur rendre après que **"la guerre aura déposé ses charges"** (Q 47/4); il en sera de même des biens qu'on aura perçu d'eux en échange de la trêve.

• 3366. Si les Musulmans ont crainte vis-à-vis des mécréants et leur demandent la trêve, et que les mécréants refusent de faire la trêve avec eux à moins que les Musulmans ne leur versent quelques biens pour cela. Il n'y a pas à faire grief de cela, si le besoin s'en réalise (=se fait sentir.)

comm. Car s'ils ne (le) font pas, cependant qu'ils ne sont pas de force à repousser les mécréants, ceux-ci vont s'emparer de la totalité des personnes et des biens (des Musulmans). Donc par la trêve, les (Musulmans) placent leurs biens

devant eux (=ils s'en font un rempart). Or le Prophète a dit à un de ses compagnons: "Place tes biens devant toi, et toi devant ta religion." (Un autre de ses compagnons) Hudhaifa Ibn al-Yamân ménageait (1) (cajolait) quelqu'un (de non-Musulman). On lui fit des reproches donc: "Tu es un hypocrite...." Et lui de répondre: "Mais pas du tout, au contraire je rachète une partie de ma créance moyennant une autre, de crainte que le tout ne s'en aille."

• 3367. Il y a là l'exposé de la règle selon laquelle il n'y a pas de grief contre la trêve,(2) non plus que contre le versement de quelques biens aux (ennemis) au titre de la défense d'autres biens, quand il y a crainte que le tout ne s'en aille.

Mais si les Musulmans sont de force contre les (ennemis non-musulmans), alors une trêve de cette façon-(ou les Musulmans versent un tribut-n'est pas licite.

comm. * Car c'est s'imposer quelque chose de suspect (**rîba**) -(donnant une 1618
impression de faiblesse)-et s'imposer quelque chose d'humiliant. Or il n'est pas permis à un croyant de s'humilier, alors que Dieu lui a octroyé l'honneur (cf Q. 63/8). (Chaibânî) tire argument pour cela du récit de la guerre du Fossé (3).

• 3368. En effet on avait assiégé le Prophète et ses compagnons (à Médine) pendant une quinzaine de jours, de sorte que chacun des (Musulmans) ressentait de l'angoisse (**karb**). Alors le Prophète pria: "Seigneur, je T'adjure par Ton engagement et par Ta promesse. Seigneur, Tu ne seras plus adoré si telle est Ta volonté". Leur situation atteignait un tel (point) que Dieu Lui-même le décrit ainsi (Q 33/10): **"Quand ils vous vinrent d'en haut et d'en bas, et que les regards chaviraient, et que les coeurs remontaient aux gorges, et que vous pensiez de Dieu toutes sortes de pensée!..."** A ce moment, le Prophète envoya un message à 'Uyaina Ibn Hiṣn (un des chefs coalisés des assiégeants). Selon un récit, il lui dit: "Vois-tu? Si je te donne le tiers de la récolte (médinoise) de dattes, rentreras-tu avec tes camarades originaires de (la tribu de (Gatafân et déserteras-tu(4) les (autres) coalisés?" L'autre répondit: "Si tu m'en consentais la moitié, je le ferais".

• 3369. Mais selon un autre récit, c'est 'Uyaina qui envoya un message au Prophète pour dire: "Donne-nous toute la récolte de dates de Médine pour cette année, et nous nous en irons et te laisserons seul avec tes contribules (païens de la Mecque), pour que tu les combattes". Le Prophète répondit: "Non". Alors lui: "La moitié de la récolte". A cela le Prophète dit: "Oui"; et fit venir Sa'd Ibn Mu'âdh et
Sa'd Ibn 'Ubâda- * les deux grands chefs des deux tribus (anṣârites de Médine)- pour 1619
les consulter, cependant que 'Uyaina était présent et exigeait: "Ecris-nous un écrit (pour cette entente)". Alors le Prophète fit venir du papier et un encrier, pour qu'on écrive ce qui était (convenu) entre les parties. Les deux chefs (anṣârites) dirent alors: "O Messager de Dieu, est-ce que Dieu t'a révélé quelque (commandement) à ce

(1) A lire يداري selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. a: يدوي

(2) A lire بالمهادن selon le même MS., l'éd. portant: بالمهانة

(3) Pour les détails, cf. Hamidullah, op. cit., I, 156-161

(4) A lire: وتخذل, selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. portant: وتخيد avec quelque espace blanc pour la partie illisible.

sujet?" Et lui de répondre: "Non, mais je vois que la totalité des Arabes tirent sur vous d'un même arc. J'ai donc voulu de les éloigner de vous". Eux: "O Messager de Dieu, nous jurons, par Dieu, qu'avant l'Islam il y a eu des occasions où ces gens-là ont été contraints par la faim à manger du '**ilhiz** (du sang de chameau mêlé de poils, puis grillé comme un gateau) et qu'ils n'espéraient pas obtenir de nous une seule datte, si ce n'est par achat, ou par hospitalité (de notre part). Et maintenant que Dieu nous a renforcés, par toi, et nous a rendus plus nobles et nous a guidés par toi, faut-il que nous nous donnions de la bassesse? Nous ne leur offrons que l'épée". Le Prophète déchira alors le document et dit aux (ennemis): "Allez-vous- en, nous ne vous offrons que l'épée". En outre, quand (un Musulman, compagnon du Prophète, du nom de) Usaid Ibn al-Hadair arriva, il vit que 'Uyaina était assis par terre, étendant ses jambes devant le Prophète. Usaid cria alors: "O petit oeil (1) de singe! (2) replie tes jambes. Etendras-tu tes jambes devant le Messager de Dieu? Par Dieu, si le Messager de Dieu ne se trouvait pas (ici), je t'aurais percé les testicules avec ma lance. Depuis quand oses-tu espérer cette (livraison) de notre part?"

Ce récit montre que, dans la faiblesse, pas de grief à ce qu'on fasse une telle trêve (en payant aux ennemis), car le Prophète le désira quand il ressentit de la faiblesse chez les Musulmans. Mais dans la force (puissance), une telle trêve n'est pas permise, car, quand les Anşârites dirent ce qu'ils dirent, le Prophète comprit
1620 qu'ils avaient * de la puissance; et pour cela il déchira le document (de la convention).

comm. Cela indique dans cette (trêve projetée), il y avait un sens d'humiliation. Et c'est pourquoi les Anşârites désapprouvèrent de livrer une partie de la récolte de fruits. Or il n'est pas permis aux Musulmans de consentir à leur humilitation, sauf quand la nécessité s'en réalise (se fait sentir).

• 3370. (Chaibânî) dit: Si le chef de l'Etat musulman conclut une trêve avec les habitants du pays en guerre, puis que quelqu'un de ce pays sorte pour copuer les chemins (par brigandage), dans le territoire islamique, et rende les routes périlleuses, si les Musulmans le capturent, son (birgandage) ne sera pas considéré comme une rupture du pacte (avec son pays).

comm. Car les ressortissants de ce pays-là jouissent de la paix de la part des Musulmans, en vertu de cette trêve.

Ne vois-tu pas que quiconque parmi eux entre sur le territoire islamique en vertu de cette trêve jouit de la paix, et que nous ne le molestons point? Si quelqu'un venu en territoire islamique pratique ce genre de (brigandage), il ne cause pas la rupture de la trêve (conclue avec son pays), de même que si un Dhimmî le faisait il ne causerait pas la rupture de son pacte (de naturalisation), et de même que si un Musulman le faisait, il ne romperait pas sa foi (et ne deviendrait pas un apostat)(3). Dans le cas présent, le (brigand de ce pays en trêve) ne possède pas de puissance

(1) "Petit oeil", c'est le sens de son nom "'Uyaina".

(2) A lire الهجرس , selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. a: الحرمن

(3) Chaibânî désavoue ainsi la doctrine des Khârijites.

résistante; on ne considérera donc pas ce qu'il fait comme étant une (guerre) ouverte, vu que sur le territoire islamique il ne possède pas de puissance résitante vis-à-vis des Musulmans. On considérera comme une rupture de la trêve s'il y a une guerre ouverte.

• 3371. Il en sera de même si c'est un certain nombre d'entre eux qui le commettent, tant qu'ils n'auront pas de puissance résistante. Un tel est pareil à un seul individu.

comm. * Car ils ne possèdent pas de puissance résistante, et leurs 1621
compatriotes ne sont pas d'accord avec ce que fait ce groupe (de (brigands).

• 3372. Certes si un groupe doté de puissance résistante le fait ouvertement sur le territoire islamique, sans l'autorisation de leur roi, cela causera la rupture de la trêve, (mais vis-à-vis d'eux seulement);-

comm. Car il n'y a aucune utilité à une trêve, si ce n'est la cessation des combats. Or s'ils combattent ouvertement, en tirant gloire (1) de leur puissance résistante, ils causent la rupture de la trêve, vu qu'ils s'occupent de quelque chose qui est contraire aux obligations découlant de la trêve;-

• 3373. Mais le roi et les ressortissants de son royaume subsisteront dans la jouissance de la trêve.

comm. Car ceux-ci ne se sont pas occupés de la cause qui a rompu la trêve, et n'ont pas agréé non plus l'acte de ces (brigands). On ne les prendra donc pas (pour responsables) du crime d'autrui.

• 3540. Toutefois si ces (birgands) sont sortis avec l'autroisation de leur roi, alors tout le monde aura rompu la trêve. Pas de grief alors à ce que (les Musulmans) les tuent et capturent où qu'ils les trouvent.

comm. Car leurs combats(2) faits avec l'autorisation de leur roi sont comme l'acte du roi lui -même, puisque les ressortissants du royaume le suivent comme incidence, aussi bien dans la trêve que dans la guerre, vu qu'ils lui obéissent et qu'ils agréent que celui-là soit leur chef. Donc quand ce (roi) lui-même rompt la trêve, les ressortissants du royaume rompent aussi la trêve, puisqu'ils le suivent comme incidence: et il est égal que ces (ressortissants) sachent ou non ce que fait leur roi. (Tous les ressortissants de ce pays rompent la trêve), sauf (d'entre eux) qui se serait rendu sur notre territoire avant que leur roi ait donné l'autorisation de ce (brigandage) auquel il les a autorisés; en effet cet individu est arrivé chez nous en jouissance du sauf-conduit; il restera donc en sécurité tant qu'il n'aura pas regagné le lieu de sa puissance résistante.

• 3375. Si le groupe (des ennemis) qui est sorti pour combattre sort au su de leur roi, et que celui-ci ne (le) lui interdise pas et qu'il ne prévienne pas les Musulmans non plus, alors ce cas et le précédent (où on les autorisait expressément) sont pareils.

---

(1) Ainsi متعززين dans le MS de Carullah (Istanbul) l'éd. a: متقررين

(2) Il faut sans doute lire: قتالهم ; l'éd. portant: قتلهم

1622 **comm.** * Car ils sont comme les gens de son entourage (**hachma**) qui lui doivent obéissance. Or ne pas empêcher un sot (de faire quelque dégât), c'est comme de lui commander de le faire; (c.-à-d. si le roi n'empêche pas les brigand de faire ce brigandage, c'est comme s'il le leur commandait). En outre, sous la trêve, son devoir était de les en empêcher, s'il le pouvait, et, s'il ne le pouvait pas, d'en prévenir les Musulmans. Donc s'il néglige de faire ce que de droit sous la trêve, ce sera comme s'il leur commandait de livrer des combats.

• 3376. (Chaibânî) dit: S'il apparaît au chef de l'Etat musulman, après avoir conclu la trêve, que le mieux serait de reprendre les combats, et s'il envoie (un messager) pour la dénoncer au roi des (ennemis), la rupture du pacte se réalise (et cela suffit).

comm. Car pour éviter la trahison, il n'incombe pas au chef de l'Etat musulman de faire plus qu'il n'a fait pour dénoncer (la trêve) à leur roi et pour l'informer qu'il a l'intention de les combattre.

• 3377. Mais il ne faut pas que les Musulmans les attaquent ni ne fassent incursion dans les abords (**atrâf**) de leur royaume avant que passe un délai tel qu'il suffise pour que leur roi puisse prévenir les gens de cette région-là.

comm. Car nous savons que si leur roi reçoit la nouvelle (de la dénonciation de la trêve), il ne lui est possible d'en tenir au courant toutes les régions de son royaume que dans un certain délai. Donc la dénonciation (de la trêve) ne s'accomplit pas (valablement), pour les gens de cette région-là avant que ce délai ne soit écoulé.

Certes, après l'écoulement de ce délai, pas de grief à ce qu'on les attaque, même si les Musulmans ignorent si la nouvelle leur est parvenue (ou non).

comm. Car il n'incombe pas aux Musulmans de les mettre au courant: ce qui leur incombe c'est seulement d'en informer leur roi, et par la suite, il est du devoir de leur roi d'en informer les gens de son royaume. S'il ne le fait pas, alors les (ennemis) souffrent de par leur propre roi et non de par les Musulmans.

• 3378. Mais si les Musulmans sont sûrs que la nouvelle n'est pas parvenue aux (habitants de la région visée), mieux vaut (**mustahabb**) qu'ils ne les attaquent pas avant d'avoir informé ces gens-là de la nouvelle.

1623 **comm.** * Car cela ressemblerait à une tromperie (**khadî'a**). Autant il est du devoir des Musulmans de s'abstenir de la tromperie, autant il est de leur devoir de s'abstenir de ce qui ressemble à la tromperie.

• 3379. Mais c'est le contraire dans le cas qui précède, où la rupture avait lieu sur l'initiative des (ennemis), soit parce qu'ils en voyaient une armée pour combattre les Musulmans, soit parce qu'ils envoyaient un messager auprès du chef de l'Etat musulman pour leur dénoncer la trêve. Dans ce cas-là, pas de grief à ce que les Musulmans attaquent les régions frontalières ennemies, même s'ils savent que ces régions-là n'ont pas encore reçu la nouvelle (de la rupture de la trêve).

comm. Car dans ce cas, la rupture a lieu sur l'initiative des (ennemis), et ceux-ci l'ont sue mieux que les Musulmans, étant donné qu'il incombe à leur roi de

ne pas faire la (dénonciation) avant que la nouvelle en fût parvenue jusqu'aux confins de son royaume, moyennant une parole (communication) de sa part.

• 3380. (Si l'initiative provient des ennemis et) si les Musulmans, se trouvant sur une frontière (ennemie), savent pertinemment (**litt.** cernent la science) que la nouvelle de la dénonciation de la part de leur roi) n'est pas parvenue jusqu'à cette frontière-là, il faut que les (Musulmans) ne les combattent pas sans leur dénoncer la trêve. Mais cette (recommandation) se fonde sur l'équité car, pour le statut légal, pas de grief à ce qu'on les attaque.

comm. Car la dénonciation de la trêve s'est accomplie par ce qu'a fait le roi des (ennemis) et, dans ce cas, on ne prend pas en considération l'écoulement du délai.

• 3381. Au contraire, si la dénonciation a lieu sur l'initiative du chef de l'Etat musulman.

comm. Car dans ce cas, l'annonce incombe au chef de l'Etat musulman. Il est donc obligatoire de donner le délai nécessaire pour que l'annonce parvienne (jusqu'aux confins du territoire ennemi).

• 3382. * Si la dénonciation a lieu sur l'intiative des (ennemis), il leur incombe 1624
de l'annoncer (eux-mêmes à leurs ressortissants), et il n'incombe pas aux Musulmans de le faire. Dans les deux cas, ce qu'on prend en considération, c'est de savoir à qui la royauté? (= qui est le roi du pays?)

comm. Car ce peut être un territoire d'ennemis en guerre, ou celui de Dhimmîs (protégés des Musulmans), ou encore celui du souverain en trêve mais qui garde la puissance résistante. Tout cela dépend du souverain (**sultân**) qui y règne. Si le souverain du pays est un ennemi en guerre, le territoire sera territoire belligérant, où il sera licite de faire captif n'importe lequel de ses habitants sauf les Musulmans et tels non-Musulmans qui sont des Dhimmîs (sujets de l'Etat musulman).

• 3383. Si un ressortissant d'un pays sans trêve avec les Musulmans se rend sous sauf-conduit en un pays en trêve avec les Musulmans, puis qu'il arrive chez nous sans sauf-conduit, rien à faire contre lui.[1]

comm. Car dès qu'il s'est rendu en sécurité (ou: sous sauf-conduit) sur le territoire en trêve (avec nous), il s'est rattaché aux habitants de ce pays. Or tout ressortissant d'un pays en trêve jouit de la sécurité chez nous, même s'il arrive sans une nouvelle demande de sauf-conduit. Il en sera de même de ceux qui s'y rattachent.

• 3384. Il en sera de même si les habitants du pays de ce voyageur sont en trêve avec des gens qui sont en trêve avec nous[2]

comm. Car cette trêve entre eux est comme un sauf-conduit qu'ils se seraient donnés les uns aux autres.

Ne vois-tu pas que nous nous rendions sur le territoire de gens qui sont en trêve avec nous et que nous y trouvions cet homme, nous ne pourrions rien faire

(1-2) Intéressantes pratiques de l'époque de Charlemagne-Harûn ar-Rachîd.

contre lui? S'il jouit du sauf-conduit sur le territoire d'un ennemi (en trêve avec nous), il ne sera pas licite, si, de là il vient (directement) chez nous, de lui faire quitter sa qualité d'individu jouissant du sauf-conduit.

1625 • 3385. * Certes s'il est venu directement de chez lui en territoire islamique, sans passer par le territoire des gens qui sont en trêve avec nous, et en se servant de la trêve qu'il ya entre le peuple de son pays et le peuple en trêve avec nous, cet homme fera partie du butin.

comm. Car il n'y a pas de trêve entre nous et le peuple du territoire de cet homme.

Ne vois-tu pas que, si nous le trouvions même dans son propre pays, nous pourrions le capturer en butin? De même il nous sera licite d'attaquer les ressortissants de son pays et de les capturer. Donc il en sera de même si cet homme se rend directement chez nous (mais sans être muni de sauf-conduit): il fera partie du butin, et il ne profitera pas de la trêve qui existe entre lui et le peuple du pays en trêve avec nous.

• 3386. Si un ressortissant du pays en trêve avec nous se rend sur un territoire de gens en trêve avec son pays (mais pas avec nous), en servant de cette dernière trêve, puis que nous menions la guerre contre ce pays (tiers) pour le conquérir, si cet homme-là dit: "Je suis un ressortissant du pays en trêve avec vous, et je suis venu ici à cause de la trêve qui existait entre nous et eux", on n'ajoutera pas foi à sa parole, sauf sur production de preuve.

comm. Car nous l'avons trouvé dans un endroit où il (nous) est licite de (tout acte de belligérance). On n'ajoutera donc pas foi à sa parole reclamant l'immunité, sauf s'il établit la preuve par des témoins musulmans. Dans ce seul cas on admettra la preuve, et il jouira de l'aman, car être ressortissant du pays en trêve, c'est comme s'il affirmait être un Dhimmî.

• 3387. S'il dit: "Je suis un Dhimmî, et je suis venu dans ce territoire pour faire du commerce", puis qu'il en établisse la preuve au moyen de témoins musulmans, il ne sera licite ni de le capturer ni de le tuer.

• 3388. Si des ressortissants du pays en trêve avec nous ont été fait prisonnier par des gens d'un autre pays qui les emmènent dans leur propre territoire, -ou même si ces gens -là se soulèvent (1) contre leurs propres compatriotes, * les combattent puis rejoignent le peuple de cet autre territoire (pour s'y réfugier), -si par la suite les Musulmans conquièrent ce territoire (tiers), ces gens-là feront partie du butin;-

comm. Car ils sont devenus ressortissants de cet autre territoire quand ils l'ont rejoint en lançant un défi à leurs propres compartriotes et en menant la guerre contre eux. La statut de trêve ne reste donc plus en vigueur entre nous et eux, car cette trêve était établie en leur faveur, eu égard à leur pays (et non pas individuellement à eux-mêmes);-

---

(1) A lire خرجوهم selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. portant: أخرجوهم ; nous proposons de lire: خرجوا، هم , confirmé par la traduction turque de 'Aintâbî.

• 3389. Et il en sera de même, des captifs de ce pays-là, car ils ont été réduits à l'état de dominés entre les mains des ressortissants de cet autre pays (qui n'est pas en trêve avec nous), et incapables de disposer d'eux-mêmes en quoi que ce soit. Donc leur statut légal est comme celui des ressortissants de cet autre pays, au contraire du cas où ces gens-là seraient allés sous sauf-conduit dans ce pays tiers.

comm. Car ceux qui se rendent (dans un pays) sous un sauf-conduit n'en deviennent pas les ressortissants. Ne vois-tu pas que si certains ennemis en guerre se rendent chez nous sous sauf-conduit, le reste de leurs compatriotes continuent sur leur **statu quo ante**? Ce sera le contraire si nous en faisons prisonniers de guerre pour les faire venir sur notre territoire; ou encore s'ils dénoncent la paix (=déclarent la guerre) à leurs propres compatriotes pour se réfugier chez nous * et devenir nos sujets non -musulmans (Dhimmîs).

• 3390. Si une femme du pays en trêve avec nous épouse quelqu'un de ce pays tiers (qui n'est pas en trêve avec nous), pour être transférée dans cet autre pays, et qu'elle y donne naissance à des enfants, si par la suite les Musulmans conquièrent ce pays-là, alors elle et ses enfants feront partie du butin pour les Musulmans (conquérants).

comm. Car cette femme dépendait de son mari qui est ressortissant d'un pays non en trêve (avec nous).

• 3391. * Ne vois-tu pas que si une ennemie en guerre, venue sous 1626
sauf-conduit, épousait chez nous un Musulman ou même un Dimmî, elle deviendrait ressortissante de notre territoire?

• 3392. Si un ressortissant du pays en trêve (avec nous) épouse une femme ressortissante d'un pays tiers (non en trêve avec nous), et qu'elle lui donne des enfants (tout en restant dans son pays natal), si par la suite elle se rend (chez nous) accompagnée de ses enfants, et sans avoir de sauf-conduit, les Musulmans ne pourront rien faire ni contre elle ni contre ses enfants.

comm. Car elle est devenue ressortissante du pays en trêve (avec nous), à cause de son mari.

• 3393. De même si un ressortissant d'un pays de ces deux pays (l'islamique ou le pays en trêve avec les Musulmans) achète une jeune esclave auprès des habitants de ce pays tiers (non en trêve avec les Muslmans), il en est de cette (esclave) comme d'une épouse.

comm. Car une esclave suit son maître au même titre qu'une femme libre suit son mari, et même plus encore.

• 3394. Si les ressortissants du pays en trêve (avec nous) dominent ce pays tiers de sorte que les (vaincus) deviennent leurs esclaves-ou mêmes leurs protégés (dhimmîs), qui leur versent un tribut, -alors il ne faut pas que les Musulmans molestent ces (vaincus et dominés par ceux en trêve avec nous).

Il en est ainsi parce que, si ces (vaincus) sont devenus les esclaves de ces

gens-là, la protection dont on jouit à cause d'une trêve s'établit en faveur de la propriété autant qu'en faveur du propriétaire. Et il en sera de même s'ils sont devenus leurs protégés, car ils sont devenus ressortissants du territoire de leurs conquérants et réduits, sous leurs mains, à l'état de domminés, au même titre que les Dhimmîs pour les Musulmans. La raison en est que le territoire des Dhimmîs fait partie de l'ensemble du territoire islamique. Or quiconque est ressortissant du pays en trêve (avec nous), nous ne pouvons rien faire contre lui.

1627 * Au contraire, si ce sont des gens qui n'ont pas fait la trêve avec nous qui ont conquis le territoire de ceux qui étaient en trêve avec nous, alors pas de grief à ce que les Musulmans attaquent l'un et l'autre des deux territoires.

comm. Car les ressortissants des deux territoires dépendent maintenant de ces conquérants-là il n'y a pas de trêve entre nous et ces conquérants. Ce principe de base montre que ce qu'il faut prendre en considération, en fait de juridiction, c'est le souverain du territoire. Si la juridiction appartient à des gens en trêve (avec nous), leur conquête de l'autre territoire rend ce territoire comme le territoire en trêve (avec nous). Au contraire, si la juridiction appartient au souverain de l'autre territoire (non en trêve avec nous), aucun des habitants des deux territoires ne jouit de la trêve.

• 3395. (Chaibânî) dit: Si les Musulmans assiègent un fortin dans le territoire ennemi et qu'ils acceptent des assiégés une certaine somme pour s'en aller, cette somme fera partie du butin, et l'on y prélèvera le cinquième gouvernemental.

comm. Car il s'agit d'une capture faite par l'exercice de la force et par la domination.

• 3396. Ce sera le contraire, si les ennemis envotent (un message) au chef de l'etat musulman, avant que l'armée (islamique) s'installe dans leur territoire, et s'ils concluent une trêve à terme pour une somme qu'ils livreront (au chef de l'Etat musulman).

1628 **comm.** * Car cette somme n'aura été capturée par l'exercice de la force. Au contraire, ils la versent par la voie de consentement, et le chef de l'Etat musulman la reçoit au titre du renforcement de la Religion (islamique) et de l'humiliation des mécréants. Ce sera donc à titre de tribut et de capitation (**jizya**) aucun cinquième n'y sera imposé.

• 3397. Si certains Dhimmîs rompent leur pacte de naturalisation, et si par la suite ils veulent faire la trêve avec les Musulmans moyennant une somme à verser, alors pas de grief à ce qu'on reçoive cette somme.[1]

comm. Car par leur rupture du pacte, ils sont devenus comme n'importe quel autre ennemi en guerre.

• 3398. Au contraire du cas des apostats, car, de ceux-ci, il est désapprouvé de

(1) L'auteur semble vouloir dire que si les rebelles non musulmans s'emparent d'un territoire et que les circonstances ne permettent pas aux Musulmans de lui faire la guerre, on peut faire la trêve avec eux

recevoir une compensation (**ju'l**) pour conclure une trêve, ainsi que nous l'avons déjà mentionné (cf par exemple supra, IV, 3).

comm. Il en est ainsi parce qu'un apostat mérite fort (**jiddan**) la peine de mort; sa punition ne peut donc pas valablement être retardée moyennant une somme, et il n'est pas permis d'y renoncer; au contraire de la peine de mort réservée aux Dhimmîs (rebelles) qui ont rompu le pacte de naturalisation. Ne vois-tu pas ceci? Si ces (rebelles) consentent à redevenir Dhimmîs et à payer la capitation (**kharâj**) comme auparavant, il sera permis de leur répondre favorablement à ce propos et de recevoir d'eux (la capitation (kharâj). Semblable pacte (de naturalisation comme sujets non-musulmans) n'est pas permis avec les apostats. Il en sera donc de même pour ce qui est de recevoir d'eux une somme pour faire la trêve.

• 3399. Si le chef de l'Etat musulman passe contrat avec les apostats pour qu'ils lui donnent chaque année cent têtes de leurs gens de sex masculin, pas de grief à cela.

comm. Car il ne s'agit pas ici de faire la trêve pour une somme d'argent, étant donné que les apostats ne sont en aucun cas susceptibles d'être (épargnés, pour être) réduits en esclavage. En effet, on leur présentera l'Islam; et s'ils embrassent l'Islam de nouveau... sinon ils seront punis de mort. Or le contrat en question est un moyen (**litt.** la manifestation d'un indice) par lequel on parvient à établir (=à appliquer) la règle de la loi (islamique), et cette chose tient (=est valide).

• 3400. * Si les (apostats) concluent la paix avec le (chef de l'Etat musulman) à 1629
condition de lui livrer chaque année cent têtes de leurs femmes et enfants, à cela non plus pas de grief.

comm. Car la règle, pour les femmes apostates, est qu'on les contraigne à embrasser (de nouveau) l'Islam, comme la règle, pour les hommes apostats, est de les punir de mort. Si ceux-ci ne redeviennent pas Musulmans. Or le contrat en question est le moyen d'établir (d'appliquer) la règle de la Loi à leur propos. En cette paix, il n'y a aucune stipulation pour tirer d'eux de l'argent. Nous sommes de cette avis parce que, dans ce cas), les têtes (de femmes et d'enfants) que nous recevons d'eux chaque année visent des individus indéterminés. Dès que nous concluons la trêve avec ce groupe (d'apostat), tous obtiennent l'aman, et il n'est plus licite de les réduire par la suite en esclavage.

• 3401. Toutefois nous contraindrons à redevnir Musulmans ceux dont nous recevrons livraison par l'effet de la stipulation. Si ces (femmes et enfants) le font, ils seront gens de statut libre. Au contraire, si les (apostats) concluent ce pacte avec le (chef de l'Etat musulman) pour livrer chaque année cent têtes déterminées, de leurs femmes et de leurs enfants, ceci sera désapprouvé.

comm. Car l'aman octroyé ne visera pas ces individus déterminées.

• 3402. Donc si on en recevait livraison, ils seraient esclaves pour les Musulmans, étant donné qu'une fois que les apostats sont devenus ennemis en guerre, il est permis de réduire leurs femmes et enfants en esclavage. Donc stipuler

avec ces (apostats) qu'ils aient à (nous) livrer, pour la trêve, des biens sous forme d'esclaves, c'est comme de stipuler la livraison de n'importe quels autres biens.

comm. Et nous avons déjà mentionné que cela est désapprouvé. Toutefois si on a déjà reçu livraison de biens, on ne les leur rendra pas, mais ces (biens) feront partie du butin. De même donc si on reçoit livraison de femmes et d'enfants (déterminés), ils feront partie du butin et, (en plus), on les contraindra à embrasser (de nouvau) l'Islam.

1630 • 3403. * Si la paix est conclue à condition de (livrer) chaque année cent têtes d'hommes déterminés d'entre les apostats, ceci n'est pas désapprouvé.

comm. Car en aucun cas on ne déduit en esclavage les apostats masculins (ce qui épargnerait leur vie). La stipulation en question n'est donc pas pour qu'ils paient un tribut pour la trêve, peu importe si les (têtes à livrer) visent des individus déterminés ou indéterminés, (et on leur appliquera d'autant plus facilement le statut de l'apostasie).

• 3404. Si le chef de l'Etat musulman combat ceux des habitants de l'Arabie qui sont idolâtres (d'origine), et que ceux-ci sollicitent de lui une trêve, on les traitera comme les apostats, quant à la trêve, dans tous les aspects de la question que nous venons de mentionner.(1)

comm. Car on ne déduit pas les (habitants de l'Arabie) en esclavage (ce qui épargnerait leur vie); au contraire ils n'ont qu'à choisir entre l'épée et l'Islam, comme c'est aussi le cas des apostats.

• 3405. Sauf pour un seul détail que voici. Si ces (idolâtres arabes) disent: "Nous vous donnerons chaque année cent têtes d'hommes (d'entre nous)..." il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman leur donne l'aman (sur cette condition), au contraire du cas des apostats. Si pourtant le (chef) le fait, il ne recevra pas cent * têtes de leurs hommes arabes, mais de leurs esclaves, et les déposera dans la caisse du tribut (**kharâj**).

comm. Cela montre qu'une telle stipulation concerne des biens recevables comme contre-partie de la trêve et, par consequent, elle est désapprouvée. Quant aux apostats, on ne sélectionne pas cent têtes d'esclaves masculins, donc la stipulation ne vise pas des biens. Il y a cette différence, parce que les esclaves apostats sont tout autant susceptibles de la peine de mort, s'ils ne se reconvertissent pas à l'Islam, que leurs hommes de statut libre. Il n'y a donc aucune utilité à exiger que les cent têtes d'apostats soient de leurs esclaves. Quant aux esclaves des idolâtres habitant l'Arabie, ils ne méritent pas la peine de mort comme le méritent les gens libres
1631 d'entre eux. * Donc si nous capturons leur esclaves, nous ne les mettrons pas à mort. Donc si la stipulation précise qu'il s'agit de cent têtes d'esclaves, il y a là une utilité pour les Musulmans. Une telle stipulation exige que le titre de propriété s'installe sur

(1) Toute cette discussion est pure théorie, car déjà bien avant l'époque de Chaibânî il n'y avait plus aucun idolâtre en Arabie.

eux à perpétuité, chose qui est tout à fait possible concernant leurs esclaves, mais non concernant leurs hommes de statut libre.

Dans son livre, (Chaibânî) mentionne encore une différence (entre les apostats et les idolâtres d'origine, parmi les habitants de l'Arabie) mais de façon trop longue. Brièvement, il veut dire par là que l'apostat renonce à l'Islam après l'avoir une fois reconnu, et donc mérite fort la peine de mort.

Ne vois-tu pas ceci? Si un (apostat) vient chez nous sous sauf-conduit, que ce soit à titre d'ambassadeur (1) ou autre qu'ambassadeur nous ne le laisserons pas repartir pour le territoire ennemi; nous lui présenterons l'Islam et s'il embrasse l'Islam de nouveau... sinon il sera mis à mort; cela au même titre que quelqu'un qui, ayant mérité la peine de mort en vertu du talion, gagnerait le territoire ennemi et reviendrait chez nous par la suite sous sauf-conduit. Quant aux idolâtres d'origine, d'entre les habitants de l'Arabie, ils ne sont pas Musulmans d'origine.

Ne vois-tu pas que si l'un d'eux arrive chez nous sous sauf-conduit, qu'il soit ambassadeur ou non, nous lui donnons la possibilité de regagner son territoire. En effet du tels gens venaient auprès du Prophètè en toute sécurité et celui-ci leur consentait la protection, et honorait la protection donnée. Nous apprenons ainsi qu'ils ne méritent pas de façon aussi forte qu'on les mette à mort.

L'indice à cela est que le statut légal, au sujet des femmes et des enfants d'apostats, est qu'on les contraigne à l'Islam, quand on les (capture à la guerre et qu'on les) réduit en esclavage. De même, si ces (apostats) ont embrassé le Christianisme ou le Judaisme, et que par la suite on les (capture à la guerre et qu'on les) réduise en esclavage, il n'est pas permis aux (Musulmans) de manger des bêtes égorgées par eux, ni à leurs maîtres de cohabiter avec les femmes d'entere eux en tant que (leurs) esclaves (bien que les deux choses soient permises aux Musulmans quand il s'agit de judéo -Chrétiens d'origine). Au contraire du cas des habitants de l'Arabie, pour qui le statut légal est que leurs femmes et enfants (capturés) font partie du butin, sans qu'on les contraigne à embrasser l'Islam au moment où on les réduit en esclavage. Parmi les (habitants de l'Arabie) s'il y a des Scriptuaires (judéo-chrétiens) d'origine, il est licite de manger des bêtes égorgées par eux, et de

---

(1) Dans son **Mabsût** (X, 92), Sarakhsî a dit: "Si un ennemi en guerre se trouve sur le territoire islamique et, s'affirmant l'ambassadeur (des ennemis), montre une lettre qu'on reconnaît pour être la lettre de leur roi, il aura l'immunité jusqu'à la communication de son message et jusqu'à son retour; car les ambassadeurs ont toujours jouit de l'immunité, aussi bien sous l'Islam, qu'avant l'Islam. Il en est ainsi parce qu'une affaire de guerre ou de paix ne s'accomplit que par des ambassadeurs. Il faut donc que les ambassadeurs jouissent de l'immunité pour parvenir au but. Ainsi un ambassadeur ayant parlé au Prophète, d'une chose qui lui avait déplu, le (Prophète lui) dit: 'Si tu n'étais pas un ambassadeur, je te mettrais à mort".

Or précisément c'est là le cas d'un apostat. Ibn Hichâm, Ibn Hanbal, Dârimî, Abû Dâwûd, entre autres, disent que, quand le rénégat et imposteur Musailama envoya un message au Prophète, celui-ci, apprenant la nouvelle de l'apostasie, demanda à l'ambassadeur: "Et quel est ton propre avis?" Il répondit qu'il avait le même avis que Musailama. A cela le Prophète s'exclama: "Si vous n'étiez pas tous deux des ambassadeurs, je vous mettrais à mort". Il n'est point rapporté que le Prophète agit comme nous le propose Sarakhsî.

cohabiter les femmes d'entre eux, quand on en est devenu propriétaire après qu'elles ont été réduites en esclavage. Cela montre que ces (Scripturaires) ne méritent pas de façon forte d'être mis à mort.

• 3406. Si la paix a été conclue avec ces (idolâtres arabes) à condition qu'ils livrent chaque année cent têtes d'hommes d'entre eux, (en tant qu'esclaves), nous dirons qu'il faut appliquer cette condition à ceux qui sont susceptibles de devenir
1632 propriété après avoir reçu protection pour leur vie. * Or cela vise seulement les esclaves d'entre eux, et non les gens de statut libre. Cela établit que, si dans le cas présent, nous recevons livraison de cent têtes de leurs gens libres, il ne nous sera pas possible de les mettre à mort. (On a déjà parlé plus haut, du statut des esclaves d'entre eux: on ne les met jamais à mort).

comm. Car l'aman a touché toute cette peuplade. Or une fois l'aman donné, il n'est pas permis de les mettre à mort; au contraire du cas des apostats, étant donné que la cause qui fait qu'on leur a donné l'aman n'empêche pas qu'on les punisse de mort (s'ils persistent dans leur apostasie). Voilà pourquoi nous prendrons livraison des (apostats) de cent têtes d'entre leurs gens de statut libre, puis nous leur présenterons l'Islam; et s'ils se reconvertissent à l'Islam... sinon, nous les punirons de mort.

• 3407. Le statut des Scripturaires (Judéo-Chréteins), habitants d'Arabie, est comme celui du reste des mécréants non-arabes; et pas de grief à ce qu'on reçoive d'eux le tribut de la trêve.

comm. Car si ceux-là sollicitent de devenir nos Dhimmîs, ils sera licite de leur répondre favorablement. C'est à propos d'eux que Dieu a révélé cette parole (Q 9/29): **"...Jusqu'à ce qu'ils versent la capitation sur le revenu des mains, et qu'ils se fassent petits"**. Le Prophète conclut la paix avec les habitants de Najrân-et ils s'agissait de Chrétiens d'entre les Arabes (du Yémen)- contre douze cents manteaux (**hulla**) chaque année.(1) De même (le calife) 'Umar voulut d'abord imposer la capitation aux Banû Taghlib, -eux aussi étaient des Arabes mais par la suite il conclut avec eux un pacte (pour les naturaliser), à condition qu'il paireaient le double de la **sadaqa** (l'impôt des Musulmans), et il ajouta: "C'est bien là **jizya**, mais appelez-la comme vous voulez." (2) Puisque ces textes démontrent qu'il est

---

(1) Pour le texte du traité et les détails, cf. Hamidullah, **op. cit** I, 412-418.
(2) La **jizya** (capitation), imposée uniquement sur les non-Musulmans impliquait une infériorité; les Banû
Taghlib, bien qu'Arabes, voulaient rester Chrétiens sans pour autant admettre la capitation, et
menancèrent même d'une émigration massive (cf. Baladhurî, **Futûh**, p. 181-183, ect.), Le texte cité de la
parole de 'Umar n'est pas très clair. Le double de la **sadaqa**" est égal au tribut foncier normal. Si 'Umar a
renoncé à la capitation (**jizya**) et s'est contenté de l'impôt foncier normal des Dhimmîs-comme il ressort
de ce récit - on ne peut pas pour autant dire que: "c'est bien la **jizya** (capitation), appelez-la comme vous
voulez". Il semble que le terme **jizya**, dans la parole de 'Umar, est l'abrégé de **jizyat al-ard**, équivalent de
Kharaj, et non de **jizyat ar-ra's** qui signifie la capitation. 'Umar a donc concédé que ces Chrétiens
taghlibites échappent bel et bien à la capitation et qu'ils paient l'impôt foncier normal) sous le terme
sadaqa et non pas sous le terme **jizyat al-ard** ou **kharâj**. On ne saurait pas imaginer que les Taghlib
refusent de payer **jizyat** de la terre tout en admettant la **jizyat** de la tête (capitation); Le fait est
important, et personne ne semble y avoir pensé jusqu'à maintenant. Mais il est tout á fait possible qu'ils
refusent seulement la capitation, tout en payant l'impôt foncier normal.

loisible de recevoir de la part des (Scriptuaires) le **kharâj** (impot foncier), nous déclarons licité également de recevoir d'eux de l'argent pour la trêve, en raisonnant sur l'analogie avec le **kharâj** (impot foncier).

(Chaibânî) tire (ici) argument du récit rapporté par al-Hasan, qui dit: Le Prophète donna ordre de combattre les Arabes pour qu'ils embrassent l'Islam, et de n'accepter d'eux quoi que de soit d'autre (comme substitut), et il donna ordre de combattre les Scriptuaires (Judéo-Chrétiens) pour qu'ils embrassent l'Islam, mais à condition que s'ils le refusaient, alors: la capitation.

• 3408. Si ces (Scriptuaires) demandent la trêve contre cent têtes par an, ce sera valide. * Toutefois on recevra d'eux cent têtes de leurs esclaves, et non pas 1633
d'eux-mêmes ou de leurs familles.

comm. Car (par la trêve) l'aman les touche tous. Il n'est donc pas possible pour le (chef de l'Etat musulman) de recevoir qui que ce soit d'entre eux (=réduire en esclavage celui qui jouit de la protection)

• 3409. Et même s'il a reçu (quelqu'un) d'eux, il le rendra. Et s'ils versent la valeur des têtes en argent, dirhams ou dinars, il faut que le (chef musulman) le reçoive d'eux, comme c'est aussi la règle dans le cas où l'on aurait stipulé de livrer une tête, sans précision, lors d'un échange de biens contre biens (à titre de commerce).

• 3410. S'ils isolent (sélectionnent) eux-mêmes chaque année cent têtes d'entre leurs femmes et enfants, et qu'ils disent: "Donnez-nous protection en échange de ces (têtes) là", pas de grief à cela.

comm. Car la protection ne vise pas ces (personnes sélectionnées); il est donc valide de les réduire en esclavage.

• 3411. Chaque trêve d'entre ces trêves pour lesquelles le chef l'Etat musulman ne reçoit pas de compensation **(ju'l)**, celui-ci a la faculté de la dénoncer quand il voudra, s'il voit que l'intérêt des Musulmans est là. Mais il ne pourra pas combattre ces (ennemis) sans une dénonciation formelle et sans accorder le délai pour que la nouvelle en parvienne jusqu'aux confins de leur territoire, afin d'éviter toute perfidie. Et si la trêve a été conclue contre une compensation, il peut la dénoncer aussi quand il veut, mais dans ce cas il leur rendra leur compensation à proportion du délai qui restait. Ainsi, s'il a conclu la trêve avec eux pour trois ans contre trois mille dinars, et qu'il ait déjà reçu le tout, s'il veut par la suite rompre la trêve au bout d'un seul an, il lui faudra rendre les deux tiers de l'argent.

* Ne vois-tu pas que s'il lui paraissait bon de rompre la trêve aussitôt qu'on 1634
l'eût conclu, il lui incomberait de rendre toute la somme? Il en est donc de même s'il paraît bon de le faire au bout d'un certain temps écoulé.

Mais si tout le délai est écoulé, alors la trêve a pris fin, et il est licite de combattre ces (ennemis) sans dénoncer encore la paix. Exception faite toutefois pour ceux d'entre eux qui se trouvent sur notre territoire, venus en vertu de cette

trêve: ils auront toujours la protection, même si le délai (du contrat de la trêve) est écoulé, jusqu'à ce qu'ils aient regagné leur lieu de sécurité.

Car un tel homme est arrivé chez nous jouissant de la protection. Donc tant qu'il n'aura pas regagné le lieu de sa sécurité, l'effet de cette protection ne s'évanouira pas. Et tout pouvoir provient de Dieu le Très-Haut.

1635 *** Chapitre (161)**

DE LA TRÉVE QUE LES MUSULMANS CONCLUENT AVEC LES MÉCRÉANTS, DE CELLE QUI LAISSE AUX MUSULMANS LA LATITUDE DE LES COMBATTRE ET DE CELLE QUI NE LEUR LAISSE PAS CETTE LATITUDE

• 3412. (Chaibânî) dit ceci: Si une armée de mécréants assiège quelque ville des Muslumans, et que les Musulmans, craignant pour leur vie et pour celle de leurs familles, disent: "Nous vous donnons dix mille dinars, à condition que vous vous en alliez dans votre pays", si les autres l'agréent et reçoivent possession de cette compensation et que par la suite les Musulmans aperçoivent un point faible chez eux, -peu importe si c'est avant que les (ennemis) s'en soient allés ou après - mais avant qu'ils aient atteint leur territoire, alors pas de grief à ce que les Musulmans les attaquent, avec toute la surprise possible, et qu'ils les tuent et capturent, sans dénonciation préalable (de la trêve).

comm. Car les Musulmans ne leur ont pas donné protection: ils n'ont fait que verser la rançon pour eux-mêmes et leurs familles, sous forme d'argent et à condition que les (ennemis) s'en aillent. Ceux-ci ont prévariqué contre les Musulmans en les encerclant et en leur prenant cet argent. Il est donc valide pour les (Musulmans) de se faire justice d'eux, s'ils le peuvent. Dieu a bien dit (Q 42/41):
1636 **"Et quant à celui qui se porte secours à lui-même après avoir été lésé... * alors pas de voie contre ceux-là"**. Dieu a également dit (Q 22/39): **"Toute permission est donné à ceux qui sont combattus, -parce que, vraiment, ils sont lèsés, et Dieu est capable, vraiment, de les secourir."** En outre, la dénonciation (de la trêve) est prescrite pour éviter la prefidie, mais c'est quand les Musulmans ont reçu de l'argent de la part des (ennemis), et non quand ils leur ont donné de l'argent, à titre de gratification (**ruchwa**, litt. "pot de vin") pour qu'ils s'en aillent.

• 3413. Si les (Musulmans) leur disent: "Nous faisons la paix avec vous, aux conditions suivantes: nous vous donnerons dix mille dinars et vous vous en irez dans votre pays", ou que les mécréants (ennemis) disent aux Musulmans: "Faites la paix avec nous aux conditions suivantes: vous nous donnerez dix mille dinars et nous nous en irons", et si le reste des circonstances est le même, alors il ne faut pas que les Musulmans les attaquent sans leur dénoncer préalablement (la trêve), ou que ces gens -là rentrent dans leur territoire cause de la paix et de la trêve conclue entre les deux parties. Car les combattre, après avoir conclu la trêve, sans dénonciation préalable serait trahir la protection donnée. C'est une chose interdite. (**harâm**).

L'expression "nous faisons la paix avec vous" est construite avec le verbe **muşâlaha** (faire la paix mutuellement), à la 3 e forme (**mufâ'ala**) qui implique la réciprocité, et comprend les deux parties contractantes; que ce soit les Musulmans qui emploient ce mot ou les mécréants, c'est égal.

• 3414. Il en sera de même si une des deux parties dit à l'autre: "**nusâlimukum** (nous faisons la paix avec vous)", ou: (**nutârikukum** (nous faisons armistice avec vous)", ou "**nuwâdu'ukum** (nous faisons la trêve avec vous)", ou "donnez-nous l'aman", ou: "nous vous donnons l'aman".

comm. Ne vois-tu pas que s'ils emploient un de ces termes, sans qu'il y ait eu de contre-partie (=ici, argent) qu'aucune des parties contractantes se soit imposé en faveur de l'autre, il ne sera pas licite de combattre ensuite la partie adverse sans dénonciation préalable (de la trêve)? Dans le premier cas (mentionné au début du chapitre), si les (Musulmans) n'ont mentionné aucune contre-partie, mais qu'ils aient dit: "Allez-vous-en" et que les "ennemis) l'aient fait, alors aucun grief à ce que les Musulmans les poursuivent et qu'ils les tuent sans dénonciation préalable (de la trêve). Il en sera donc de même s'ils ont stipulé une (contre-partie) quand ils la leur ont versée. Mais quand on emploie le terme **musâlaha** (égal à **musâlama**, faire la paix mutuelle), ou **muwâda'a** (faire la trêve mutuelle) alors il n'est pas licite de les combattre sans dénoncer préalablement, tant que les (ennemis) n'auront pas regagné le lieu de leur sécurité. Certes une fois qu'ils l'ont regagné, pas de grief à les (combattre sans préavis).

* Car la trêve était conclue pour qu'ils s'en aillent. Et s'en aller, pour les 1637
Musulmans, c'est, habituellement, qui les (ennemis) atteignent leur territoire et le lieu de leur sécurité. Habituellement, les (ennemis) regagnent le lieu de leur sécurité (quand il y a une telle trêve). Or une parole libre (inconditionnelle) devient conditionnelle par l'indice de l'usage (**'urf**).

• 3415. Si ces (Musulmans) ont dit: "Nous vous donnerons telle (sommes) à condition que vous ne nous combattiez pas, jusqu'à ce que vous en alliez de chez nous", cette formule et celle qui emploie le terme **musâlaha** (faire la paix mutuelle) ou le terme **muwâda'a** (faire la trêve mutuelle) sont pareilles.

comm. Car le combat ne peut avoir lieu que quand il y a deux parties. Donc l'emploi de ce terme stipule l'abandon du combat par les deux parties. C'est ce qu'impose un traité de trêve. Préciser ce qu'imposent (les termes d'un) contrat, c'est comme de préciser les termes du contrat (= préciser les conséquences d'une chose ou préciser la chose elle-même, c'est pareil).

• 3416. Si les (Musulmans) leur disent: "Nous vous donnerons telle (sommes) à condition que vous ne tuiez personne d'entre nous, mais que vous vous éloigniez de nous", avec une telle formule (dans le contrat), pas de grief non plus à ce que les Musulmans les attaquent.

comm. Il en sera de même si les (Musulmans) ont dit: "...à condition qua vous vous absteniez de nous (de combattre) pendant un mois."

Car dans ces deux contrats, les Musulmans ne stipulent pour les ennemis en guerre aucune protection, ni par précision ni par indice (= ni directement ni indirectement).

• 3417. Au contraire si les (Musulmans) ont dit: "Nous faisons la paix mutuelle avec vous", ou: "...la trêve mutuelle avec vous, aux condition suivantes: nous vous donnerons telle (somme), et vous vous abstiendrez de nous combattre pendant un mois", dans ce cas il ne faut pas que les Musulmans les combattent sans avoir dénoncé préalablement la trêve, ou que le délai contractuel soit écoulé.

comm. Car les (Musulmans) ont stipulé en leur faveur la protection pour le délai du contrat, en se servant du mot "paix mutuelle" ou "trêve mutuelle". Or la trêve est susceptible d'être conclue pour une période limitée, étant donné que ce qu'elle exige c'est l'interdiction des combats mutuels, et que les interdictions sont susceptibles d'être limitées dans le temps. Voilà pourquoi tant que le mois ne sera pas écoulé, la protection ne prendra pas fin.

1638 • 3418. * A supposer que cette (-trêve) ait lieu le premier jour du mois lunaire, alors c'est la nouvelle lune qui sera prise en considération, que ce soit un mois long (de 30 jours) ou un mois court (de 29 jours). Au contraire, si la trêve a été conclue pour une partie déterminée du mois (un tiers ou la moitié par exemple) alors ce sera sur la base de 30 jours.

comm. Car l'apparition de la nouvelle lune est la chose principale pour la détermination des mois, tandis que le décompte des jours en est un substitut. Le Prophète a bien dit: "Commencez les jeûnes par l'observation de la (nouvelle lune) et cessez les jeûnes par l'observation de la (nouvelle lune). Si elle vous est invisible (par suite des conditions atmosphériques), alor comptez 30 jours pour le mois de Cha'bân (qui précède le Ramadân, mois des jeunes)". Or on a recours au substitut quand le principal fait défaut, et non quand celui-ci existe.

• 3419. S'ils font un pacte de paix mutuelle "pour l'année qui vient", et que cela ait lieu le jour de la nouvelle lune, alors ce sera pour 12 mois lunaires. Dieu a bien dit (Q 9/36): **"Oui, le nombre des mois, auprès de Dieu, a été de douze mois, dans la prescription de Dieu..."** Au contraire si le (contrat) a lieu dans le courant du mois, alors onze mois seront comptés par l'apparition des nouvelles lunes, et un mois en comptant le nombre de jours; ainsi on vera combien il reste de jours pour le mois où la trêve a été conclue, puis le treizième mois sera considéré comme étant de 30 jours, des quels on déduira le nombre de ces jours-là.

comm. C'est là l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî. Quant à Abû Hanîfa, il compte tous les mois par les jours. Nous avons expliqué cette divergence, dans le commentaire **d'al-Mukhtasar (Mabsût**, XV, 132-133), à propos du délai légal avant le remariage d'une divorcée. Les Deux Disciples (Abû Yûsuf et Chaibânî) disent qu'il faut avoir recours au substitut (=décompte des jours) quand le principal (=l'observation de la nouvelle lune) portant ici sur une seul mois, nous échappe. Mais Abû Hanîfa dit que le deuxième mois ne commence pas tant que le premier mois n'est pas complètement écoulé; donc le deuxième mois (du contrat)

commencera pendant le cours du mois suivant comme a commencé le premier mois (non pas au début du mois, avec l'apparition de la nouvelle lune, mais) pendant le cours du mois lunaire (ou moment de la conclusion de lation. Et ainsi de suite pour chaque mois.

• 3420. * Si les (Musulmans) ont dit aux (ennemis envahisseurs): "Nous vous 1639
donnerons nos bêtes de guerre et nos armements, à condition que vous nous donniez mille dinars et aussi que vous vous éloigniez de nous", alors pas de grief à ce que les Musulmans les combattent sans dénonciation préalable (de cette trêve).

comm. Car ce qui s'est passé entre les deux groupes est comme un contrat de vente passé entre eux. Or une vente n'indique point une protection entre les deux parties de ce contrat de vente. En outre, ils ont exigé d'eux qu'ils s'en aillent. Or cette stipulation n'implique pas que les (Musulmans) leur aient consenti la protection pour leurs personnes.

• 3421. Au contraire, si les (Musulmans) ont dit: "Nous faisons la paix avec vous (**nusâlih**)", ou: "...la trêve avec vous (**nutârik**)", ou encore: "cessons la guerre (=faisons la paix, **nusâlim**) aux conditions suivantes: nous vous donnerons des bêtes de guerre et des armements, à condition que vous nous donniez mille dinars et que vous vous éloigniez de nous", alors il ne faut pas que les Musulmans les combattent sans leur dénoncer préalablement cette trêve ou que ces (ennemis) aient regagné le lieu de leur sécurité.

comm. Car dans (le contrat) il existe une formule qui indique qu'il y a eu accord de protection mutuel. Or si une vente s'ajoute à un contrat de trêve, l'effet de la trêve ne change pas.

• 3422. Si les (Musulmans) veulent dénoncer aux (ennemis cette trêve) cependant que ceux-ci se trouvent sur le territoire islamique, les (Musulmans) n'y sont pas autorisés.

comm. Car ils ont reçu d'eux une somme. Or quand il y a de l'argent dans une trêve, alors la dénonciation de la (trêve) ne s'accomplit pas sans qu'on ait rendu la somme.

Mais il y a un moyen d'y parvenir. C'est que les (Musulmans) proposent aux (ennemis) que ceux-ci leur rendent les armements et les bêtes de guerre qu'ils ont obtenus, et que les Musulmans leur rendent leur argent, pour qu'on fasse la guerre. Si les (ennemis) l'agréent, alors la dénonciation est accomplie: pas de grief à ce que les (Musulmans) les combattent. Au contraire, si les mécréants (ennemis) refusent de rendre ce qu'ils ont reçu, alors pas de grief à ce qu'on leur dise: "Nous vous dénonçons la trêve", puis qu'on les combatte, sans leur rendre quoi que ce soit de ce qu'on a reçu d'eux.

* Car lorsque les mécréants (ennemis) s'abstiennent de rendre les bêtes de 1640
guerre et les armements, ils consentent à ce que l'argent qu'on a reçu d'eux soit considéré comme la contre-partie de ces (armements etc.). Par conséquent, la trêve entre les deux parties devient dépourvue de toute contre-partie, auquel cas on est

autorisé à (leur) faire la querre après déclaration de la dénonciation, et sans rien leur rendre.

• 3423. Si les (Musulmans) font la paix avec eux en leur livrant des bêtes et des armements et à condition qu'à leur tour ils s'en aillent, et si les autres le font et atteignent le lieu de leur sécurité, puis que par la suite un détachement (musulman) entre sur le territoire ennemi et capture ces mêmes bêtes et armements, alors les propriétaires d'origine de (ce postliminium) n'auront rien à faire avec lui, qu'il le retrouvent avant (sa) distribution en butin ou après.

comm. Car ces (propriétaires d'origine) avaient remis ces (bêtes etc.) aux (ennemis), de bon gré alors qu'ils se trouvaient en puissance résistante vis-à-vis de ces (ennemis). Quant au droit du propriétaire d'origine à reprendre le postliminium dans le butin, il s'établit seulement en ce qui lui a été arraché par l'exercice de la force, et non en ce qu'il a lui-même remis de bon gré. La raison en est que si quelque chose lui est arraché de force, il est, en cela, en état d'opprimé et alors il incombe aux combattants musulmans de se porter à son secours et d'écarter de lui l'oppression en lui faisant revenir cet objet en sa main. Donc ce qu'il a remis de bon gré ne sera pas égal à ce qui lui a été arraché de force. A noter que le droit de reprendre (le postliminium), après qu'on a perdu le titre de propriété sur ces biens, a été établi par un texte législatif (émanant du Prophètè), et tout à fait contraire au raisonnement analogique. Donc on n'appliquera pas ce statut à ce qui n'est pas dans le même sans (= de postliminium), dans tous les aspects du problême.

Ne vois-tu pas que si ces (Musulmans) ont remis quelque chose de leurs biens, à titre de rançon des prisonniers musulmans, puis qu'ils retrouvent ces mêmes biens dans le butin (fait par les Musulmans), les (propriétaires d'origine) n'auront rien à faire avec ces biens?

comm. Car ils les ont remis de leur bon gré (aux ennemis). Cette explication répond également à la difficulté qu'on pourrait faire contre l'affirmation (que la remise des biens aux ennemis a été faite de bon gré), en disant que les (ennemis) ont obtenu ces biens par prévarication, étant donné que les Musulmans étaient assiégés; etobtenir quelque chose de tels (assiégés) c'est comme de l'obtenir par la contrainte et l'exercice de la force. Car ce sens existe également dans la rançon qu'on paie pour faire libérer des prisonniers musulmans, étant donné que les (ennemis) prévariquent, en détenant des hommes libres musulmans, jusqu'à ce que d'autres Musulmans les rachètent en payant la rançon.

1641 **suite:** * A supposer que ces (ennemis) n'aient pas encore amené ces bêtes de guerre et ces armements sur le territoire ennemi, quand le détachement musulman remporte la victoire sur eux: ce cas et le cas précédent sont pareils;-

comm. Car aussitôt que les (ennemis) ont obtenu possession (de ces biens, de la part des Musulmans assiégés), ils en sont devenus propriétaires, étant donné que les propriétaires d'origine (les leur) ont donnés de bon gré. Une telle cause (du titre de propriété) s'accomplit dès qu'on obtient possession (de l'objet), comme c'est le cas d'une vente ou d'un don. Contraire est le cas de ce qu'on obtient par l'exercice de

la force, car là on ne devient pas propriétaire avant la mise en lieu sûr, dans son territoire. La raison en est que dans ce cas la cause (donnant le titre de propriété) est l'exercice de la force, et elle ne s'accomplit pas tant qu'on n'a pas mis le (butin) en lieu sûr, dans son territoire;-

suite: En outre, ce sera un butin pour le détachement (musulman), et l'on y prélèvera le cinquième gouvernemental.

comm. Car ces mécréants (ennemis) possèdent une puissance résistante sur notre territoire. Ils n'ont donc pas notre aman. Et quand on les domine, ce qu'on leur arrache a le statut du butin qui soit tombé en notre main.

• 3424. Si les (Musulmans) font la paix avec un individu ennemi, ou avec un petit groupe non doté de puissance résistante sur le territoire islamique, et à la condition que les (Musulmans) leur donneront quelques biens à titre de rançon des prisonniers musulmans, hommes libres-ces (ennemis) étant venus sans aucun sauf-conduit, -puis que les Musulmans les attaquent et les capturent et, capturent aussi ce qui se trouve avec eux, alors les biens (livrés en rançon) seront rendus à leurs propriétaires d'origine, au contraire du cas où ces mécréants avaient une puissance résistante.

comm. Car, pour ceux-ci, obtenir possession de quelque chose s'accomplit en fonction de leur puissance résistante; et cela n'a lieu que quand ils ont atteint leur territoire (s'ils sont un petit groupe), ou quand ils sont dotés en eux-mêmes une puissance résistante. Si cette condition n'a pas lieu, la possession n'est pas complète. Au contraire, les biens continueront d'être la propriété de celui qui les a remis, étant donné qu'il les a remis en rançon d'un prisonnier de statut libre. Or un prisonnier (musulman) de statut libre ne peut devenir propriété de quelqu'un. Donc le contrat (de rançon) n'était pas en vérité celui d'un troc; donc le titre de propriété (de l'ennemi sur ce qu'on lui a romis à titre de rançon) ne s'établit ni par ce contrat (de rançon) ni par * une possession minime **(adnâ al-kabd)**. Au contarire, il lui est 1642
indispensable de mettre (les biens) en lieu sûr, pour que la posession s'accomplisse de sorte qu'elle lui donne obligatoirement titre de propriété sur les biens obtenus en possession.

Ne vois-tu pas ceci? Si le propriétaire d'origine a la possibilité d'enlever ces biens aux (ennemis) après qu'ils ont libéré le prisonnier musulman, il lui sera permis de le faire, étant donné que ces (ennemis) les ont reçus de lui à cause d'une prévarication, à savoir la détention du prisonnier de statut libre. Sur la même base, si un Musulman autre que le propriétaire d'origine arrache ces biens (aux ennemis), il lui incombera de rendre les biens au (propriétaire d'origine).

Ne vois-tu pas encore? Si ces (ennemis en petit nombre) embrasse l'Islam avant d'avoir regagné leur territoire, on leur commandera de rendre ces biens au propriétaire d'origine. Cela au contraire du cas où ils sont dotés de puissance résistante, car dans ce cas, s'ils embrassent l'Islam, on ne leur commandera pas de les rendre au (propriétaire d'origine). Il en est donc de même, dans les deux cas, si

ces biens parviennent en la main de Musulmans (autres que le propriétaire d'origine).

• 3425. En effet si les (ennemis) capturent les biens (des Musulmans) par l'exercice de la force, et s'ils embrassent l'Islam avant de les avoir mis en sécurité au moyen de leur territoire, il leur incombera de les rendre (aux propriétaires d'origine), peu importe que ces (ennemis) soient ou non dotés de puissance résistante. Donc si ces biens parviennent en la main des Musulmans, il incombera à ceux-ci de les rendre, dans les deux cas, (au propriétaire d'origine).

comm. La raison de cette différence entre les deux cas est la suivante: Pour ce que les (ennemis) ont reçu pacifiquement, à titre de rançon des prisonniers (musulmans), on distinque selon qu'ils avaient ou non la puissance résistante. S'ils sont dotés de puissance résistante, la juridiction musulmane ne s'exerce pas dans leur campement, étant donné qu'ils ne se l'imposent pas de bon gré, et que la possibilité de la leur imposer n'existe pas, eu égard au fait qu'ils sont dotés de puissance résistante. Donc l'aspect de prévarication ne jouera pas pour empêcher
1643 que le titre de propriété s'établisse * en leur faveur s'ils obtiennent possession (de ces biens). Au contraire, s'ils ne sont pas dotés de puissance résistante, alors la juridiction islamique s'exerce sur eux, étant donné qu'on a la possibilité de la leur imposer par l'exercice de la force. Donc les biens ne deviennent pas leur propriété par la simple posession, s'ils ont commis une prévarication. Si le propriétaire les leur a donnés (apparemment) de bon gré, ou comme ce que reçoivent par la contrainte, certains prévaricateurs. Ce qui explique cela c'est que, si un Musulman entre dans leur camp et vend (échange) un dirham contre deux- (ce qui est d'un intérêt usuraire, interdit par l'Islam)- ce sera permis; mais s'ils ne possèdent pas une puissance résistante, une telle transaction ne sera pas permise. Par cette différence est démontrée la distinction que nous avons établie.

• 3426. Si un groupe (d'ennemis) doté de puissance résistante capture certains Musulmans et leur dit: "Nous vous tuerons, à moins que vous nous donniez vos biens, ou que vous nous indiquiez où ils se trouvent", et si les autres le font, puis que ces mécréants embrassent l'Islam -ou qu'un groupe de Musulmans les vainque pour arracher de leurs mains ces biens-là -on rendra ces biens à leurs propriétaires d'origine sans rien leur demander, que ce soit avant le partage du butin ou après.

comm. Car ici les (ennemis) capturent les biens par l'exercice de la force. En effet s'ils capturent les propriétaires (musulmans) et les dominent, ils capturent (du même coup) et sans rien payer ce qui se trouve avec ces (musulmans). Or dans une telle acquisition, ils ne deviennent pas propriétaires des biens d'un Musulman avant de les avoir mis en sécurité au moyen de leur territoire. Voilà pourquoi il leur incombe de les rendre, quand ils embarssent l'Islam. De même il incombe aux Musulmans de rendre ces (biens au propriétaire d'origine) s'ils les arrachent (aux ennemis); et cela, aussi bien avant de les avoir partagés en butin, qu'après. C'est le contraire du cas précédent; car là, le propriétaire (musulman) les avait remis de bin gré, alors qu'il se trouvait en puissance résistante vis-à-vis des mécréants (ennemis;

donc ces biens devenaient leur propriété dès qu'ils en avaient obtenu possession et qu'ils étaient dotés de puissance résistante, sans que la juridiction musulmane s'exerçât sur eux.

• 3427. Les habitants d'une ville assiégée par les mécréants disent à ceux-ci: "Nous voulons partir loin de vous avec nos femmes et nos enfants, et nous voulons vous remettre la ville avec ce qui est dedans", puis qu'ils la quittent-ou qu'ils ne la quittent pas, ou même que certaine hommes seulement la quittent-et qu'en * suite ils 1644
apperçoivent un point faible chez les mécréants (ennemis), alors pas de grief à ce que les (Musulmans) les attaquent et les combattent sans aucune dénonciation préalable.

comm. Car les (Musulmans) ne leur ont pas donné protection: ils les ont seulement informés leur décision de partir de la ville et de la leur remettre. En cela il n'y a rien qui indiquerait une protection donnée; au contraire il y a indication qu'une domination est réalisée (en faveur des ennemis). Les (Musulmans) sont donc autorisés à les combattre, s'ils le peuvent, et sans avoir à dénoncer de pacte.

• 3428. Mais si les (Musulmans) leur ont dit "Nous faisons la paix mutuelle avec vous, avec la condition que nous partirons loin de vous", et que le reste des circontances soit le même, alors ils ne seront pas autorisés à combattre ces (ennemis) sans leur dénoncer le pacte.

comm. Car dans le terme "faire la paix mutuelle" (**musâlaha**) il y a l'indice d'une stipulation de protection réciproque moyennant la condition sur laquelle est fondé ce traité de paix. Et cela interdit la guerre, à moins d'une dénonciation préalable.

• 3429. Si (aprés avoir conclu la paix) les Musulmans partent avec leurs familles, et qu'arrivés à la porte de la ville (à évacuer), ils voient quelque point faible des mécréants (ennemis), il ne faut pas qu'ils les combattent sans leur avoir dénoncé préalablement (le pacte).

comm. Car leur but était de partir avec leurs familles jusqu'à un endroit où ils se sentiraient en sécurité sans conclure une paix (c.-à-d.: en territoire islamique). Tout le monde le comprend en ce sens, si on s'en tient à l'usage courant. Or aller seulement jusqu'à la porte de la ville n'accomplit pas ce but. Donc l'effet de la trêve contractée ne prendra pas fin non plus.

• 3430. Il en sera de même si les (Musulmans) sont encore assez près des mécréants, en sorte que les une et les autres se craindraient s'il n'y avait pas la trêve. Certes s'ils atteignent un endroit où les (adversaires) ne craignent plus rien les uns des autres à moins d'entrer chez les (adversaires) ou de se rendre près d'eux, * alors 1645
pas de grief à ce que ces Musulmans retournent vers les (ennemis) et les combattent sans dénonciation du pacte.

comm. Car la protection établie en aveur les deux parties contractantes moyennant cette trêve-la prend fin une fois que les Musulmans sont parvenus à l'endroit où ils se sentent en sécurité vis-à-vis des mécréants (ennemis). Car le but

de cette trêve était que chacune des deux parties contractantes se distingue (=s'éloigne) de l'autre. Or par une telle (distance) la distinction est obtenue **de facto** et **de jure**.

• 3431. Si les Musulmans entrent en territoire ennemi, puis que les mécréants les encerclent, et si par la suite on conclut la paix à condition que les Musulmans livreront aux (ennemis) ce qu'il y a dans le campement et s'en retourneront (**raja'a**) ou s'en iront (**irtahala**), alors il ne faut pas ques les Musulmans les combattent sans une dénonciation du pacte, à moins qu'ils aient regagné le territoire islamique (en soient revenus pour combattre).

comm. Car s'en aller, pour les Musulmans, cela s'accomplit seulement quand ils ont quitté le territoire des (ennemis) et atteint le lieu de leur sécurité. Or leur seul lieu de sécurité est le territoire islamique. Dans le cas précédent, les ennemis se trouvaient sur le territoire islamique. Donc s'en aller, pour les Musulmans, s'accomplissait, dans ce cas, quand ils atteignaient un endroit où chacun des deux adversaires se sentait en sécurité vis-à-vis de l'autre.

(Dans le cas présent), si les (ennemis) disent: "...à condition que vous vous retireriez d'auprès de nous" tient la place de la parole: "...jusqu'à ce que vous vous retiriez, lion de nous, dans votre territoire".

comm. Car ce qui est établi par l'usage courant (**'urf**) est comme ce qui est stipulé par un texte précis.

• 3432. Si les habitants de la ville assiégée sur le territoire islamique concluent la paix avec les mécréants à condition qu'eux-mêmes (=les musulmans) sortiront avec femmes et enfants jusqu'à tel endroit déterminé, alors il ne leur faut pas combattre ces (ennemis) sans dénonciation préalable (de la paix), à moins d'être parvenus jusqu'à cet endroit-là.

1646 **comm.** * Car telle a été la condition passée des affaires" (comme le dit le Prophète).

• 3433. Si les Musulmans quittent ces (assiégeants) et parviennent à un endroit où l'on se sent en sécurité les uns vis-à-vis des autres, puis s'ils [1] séjournent dans cet endroit pendant le temps nécessaire pour aller jusqu"à l'endroit qui avait été stipulé avec les (ennemis) et qu'ensuite ils veuillent attaquer les (ennemis) sans une dénonciation préalable, pas de grief à cela.

comm. Car leur but n'était pas cet endroit même qu'on avait stipulé, mais d'obtenir la protection de la part des (ennemis) pendant le temps nécessaire pour aller jusqu'à cet endroit-là. Or cela est acquis. En effet la régle se fonde sur le but et non sur les apparences du mot employé étant donné qu'on prend en considération ce qui est utile et non ce qui n'est pas utile. En effet, dans son texte, le (traité) dit seulement: "le temps nécessaire pour aller jusqu'à cet endoit-là".

(1) A lire: المسلمون comme dans le MS de Carullah (Istanbul) l'éd. portant: المشركون

• 3434. Le cheikh ((Sarakhsî) ajoute: Mais il est plus correct, à mon avis, de prendre en considération non seulement le temps nécessaire pour aller jusqu'à l'endroit stipulé mais aussi le temps nécessaire pour revenir de cet endroit-là jusqu'à celui où les (Musulmans) se trouvent en ce moment-là (=où ils se sont arrêtés en évacuant la ville). Car en précisant le nom de cet endroit, dans les conditons de la trêve, le but des mécréants (ennemis) est que les (Musulmans) n'aient pas la possibilité de revenir jusqu'à eux, apres avoir atteint l'endroit stipulé, si ce n'est après un délai prolongé. Or ce but n'est atteint que par ce que nous avons suggéré.

L'auteur (Chaibânî) poursuit: (1) Ne vois -tu pas que si les (ennemis) ont stipulé que les (Musulmans) iraient à al-Kûfa, mais que ceux-ci se rendent à al-Başra, ou à la Mecque, ou en Syrie-ce qui est plus loin qu'al-Kûfa-il sera permis aux (Musulmans) de revenir et de les combattre sans dénoncer préalablement (le trêve).

Dans cet exposé, il y a une allusion à la même chose que nous venons de dire, à savoir qu'il n'y aurait aucune utilité pour les (ennemis) à prendre en considération l'endroit même qu'on a nommé (dans le pacte); il ne leur est utile que de prendre en considération le délai (nécessaire) pour aller jusqu'à cet endroit-là).

Ne vois-tu pas ceci? Si les (Musulmans) ont conclu le pacte de paix à condition de s'éloigner d'eux et de ne pas les combattre pendant un mois-où à condition de voyager (2) en territoire islamique pendant un mois, -puis qu'une fois éloignés d'eux à une distance de quelques jours, ils séjournent là pendant un mois, si ensuite ils attaquent les (ennemis) sans dénoncer préalablement la paix, pas de grief à cela, étant donné que le but a été atteint par l'écoulement du délai stipulé. * Mais 1647
tout cela aura effet si ces (Musulmans) ont atteint un endroit où chacune des deux parties est en sécurité vis-à-vis de l'autre. Tant qu'ils ne l'ont pas atteint, ils sont dans la même situation que s'ils continuaient d'être dans cette ville (assiégée), et ne l'avaient pas quittée).

En tout endroit où les habitants de cette ville (abandonnée) seraient désapprouvés s'ils livraient combats aux (ennemis) sans dénonciation préalable, tout autre Musulman ou Dhimmî sera également désapprouvé s'il combat ces mêmes ennemis). (sans dénonciation préalable).

Car ceux-ci jouissent de la protection des habitants de cette ville (abandonnée), à cause de la trêve qui a été conclue entre eux. Or la protection donnée par un Musulman est exécutoire pour toute la communauté des Musulmans et des Dhimmîs (sujets de l'Etat musulman). Le Prophète a bien dit: "...à la réalisation de la garantie donnée par eux, s'efforcera même quiconque est le plus bas d'entre eux"(3)

---

(1) A lire: قال comme dans le MS de Carullah, l'éd. portant: فان قال

(2) A lire: أن يذهبوا selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. portant: أن لا يذهبوا

(3) Cf aussi supra • 810.

Et en tout endroit d'où il est permis aux habitants de cette ville (abandonnée) de revenir et de livrer combat sans dénonciation préalable, il le sera également à tout autre Musulman ou Dhimmî, et à plus forte raison. Et Dieu sait mieux la vérité, et vers Lui le retour et le refuge.

1648 *** Chapitre (162)**

DE LA RANÇON PAYÉE PAR LES MÉCRÉANTS (ENNEMIS) POUR UNE TRÊVE ET DE CE QUI SERA CONSIDÉRÉ COMME AYANT ÉTÉ, OU NON, MIS EN SÉCURITÉ APRÈS USURPATION PAR LES MÉCRÉANTS

• 3435. Si les Musulmans doivent conclure une trêve avec les mécréants (ennemis), à condition que ceux-ci livrent aux Musulmans cent têtes (d'esclaves) chaque année, et à condition aussi que ces (ennemis) jouissent de la paix sur leur territoire, les Musulmans n'y exerçant pas leur juridiction et ne l'attaquant pas, alors il ne faut pas que les Musulmans concluent de trêve sur ces conditions, à moins qu'on ait crainte des mécréants.

comm. Car le but recherché par la trêve est celui même qu'on recherche quand on accorde un contrat de naturalisation (comme sujet non-musulman), à savoir: invitation à l'Islam par les plus doux des deux moyens possibles, où les ennemis en guerre s'imposent certaines des lois musulmans. Or ce but n'est pas atteint si les (ennemis) stipulent qu'on les confirme dans leur territoire de sorte que les Musulmans n'exercent pas sur eux leur juridiction. Il n'est donc pas loisible de répondre favorablement à une telle (demande de traité), sauf dans la détresse.

• 3436. Puis, dans ce cas, les cent têtes qui leur seront imposées chaque année viseront des têtes moyennes. S'ils amènent les têtes (=les esclaves) ou la valeur de celles-ci, il faut les accepter de leur part, comme c'est aussi la règle quand on doit livrer une tête (d'esclave), sans autre condition, dans un échange de biens contre
1649 quelque chose qui ne fait pas partie des biens. Mais si les (ennemis) livrent, * au lieu des têtes qui leur incombent, du blé, de bêtes de guerre, des armements, ou des tissus, [1] les Musulmans auront la faculté de refuser de l'accepter.

comm. Car accepter ces choses implique un contrat de vente qui dépend du consentement des deux parties contractantes; mais c'est le contraire si on en accepte la valeur en pièces de monnaie d'argent ou d'or, étant donné que la valeur remplace (ici) les têtes et en est équivalente. C'est cette (équivalence) qu'on doit, quand il y a une telle précision (de fournir des têtes).

• 3437. Et si les Musulmans refusent d'accepter des biens d'un autre genre (comme du blé etc.) cela ne constituera pas de leur part une violation de la trêve qui est survenue entre eux.

---

(1) Il faut sans doute lire ainsi: بزا ; l'éd. portant: برا

comm. Car cela signifie seulement qu'ils s'abstiennent d'entamer un contrat d'achat, qui est un contrat autre que le contrat de trêve. Par ce (refus) le contrat de trêve n'est nullement rompu. (Il faut que les ennemis livrent ce qu'ils ont promis).

• 3438. (Chaibânî) dit: Les têtes à livrer seront des têtes d'esclaves, de qualité moyenne et propriété de ces ennemis eux-mêmes. Il ne leur incombe point de livrer des esclaves autres que les leurs.

comm. Car lorsqu'une précision est sans condition, on l'applique à ce qui est connu par l'usage courant. Or l'usage courant, apparent, veut que ces (ennemis) se soient imposés de livrer des esclaves d'entre leurs esclaves, à moins que les Musulmans n'aient nommé très précisément (dans le contrat) quelque chose d'autre; car on ne prend pas en considération l'usage courant, s'il y a une précision pour le contraire.

• 3439. Et s'ils amènent cent têtes de leurs propres fils ou femmes, il ne faut pas que les Musulmans les reçoivent d'eux.

comm. Car la trêve touche ces (femmes et enfants aussi), et les met en immunité contre la réduction en esclavage (par les Musulmans).

* Ne vois-tu pas que si un des (ennemis) vend son propre fils, après la 1650
conclusion de cette trêve, à un Musulman, cette vente ne sera pas valide, et, le Musulman n'en obtiendra pas le titre de propriété, à cause de cette trêve? Donc dans un pacte de trêve, il ne sera pas permis non plus d'obtenir livraison de gens qui font partie de ceux qui jouissent de cette trêve.

Toutefois si le roi (ennemi) domine ses (sujets) au point que tous lui reconnaissent un titre de propriété sur eux-mêmes, de sorte qu'il a la faculté de vendre et de faire don de qui il veut d'entre eux, et si c'est ce roi qui livre cent têtes d'entre eux, alors pas de grief à cela.

Car cette peuplade se reconnaît esclave de ce roi. Par cette reconnaissance, ces gens-là deviennent ses esclaves, et les dispositions de ce (roi)-par vente etc. -sont exécutoire à leur égard. Pour cette raison il est permis de les recevoir, en application de la stipulation que la trêve leur a imposée de livrer ces têtes.

• 3440. A supposer que ces (sujets du roi ennemi) ne se reconnaissent pas ses esclaves, puis que ce (roi) fasse venir cent têtes et qu'il affirme: "Ce sont des esclaves à moi, recevez-les donc", et si ces (hommes) disent: "Non, mais nous sommes des gens libres", il faut distinquer: Si ces cent hommes sont en état de dominés, en la main de la suite (**hacham**) du roi, au moment où on nous les amène, pas de grief alors à ce qu'on les prenne.

comm. Car s'ils sont vraiment ses esclaves, alors il nous est licite de les recevoir. Et si ce sont des hommes libres, le (roi) est devenu leur dominateur, par la puissance de sont autorité (**saltana**) et la puissance de sa suite; dans ce cas aussi ces gens-là sont devenus ses esclaves. La raison en est que c'est leur roi qui leur a fait cela, et que, selon leurs lois, si un individu en domine un autre et le réduit en

esclavage, ce dernier (=le dominé) devient validement et effectivement son esclave. Or nous ne faisons que leur déclarer valide ce qui, selon eux, est valide, étant donné qu'ils ont stipulé dans le texte de la trêve que notre loi ne leur serait pas appliquée. Donc par cette stipulation, ce qui s'exerce chez eux ce sont leurs lois, celles de la mécréance (=non islamiques). Par conséquent, sera valide pour eux ce qu'eux-mêmes déclarent valide.

• 3441. Par cette voie (= raissonnement) Chaibânî poursuit: Si nous savons pour certain que les cent têtes (qu'on nous livre) sont des gens de statut libre qu'on a dominés dans leur propre pays et réduits en esclavage pour les amener devant nous en état de dominés, alors non plus, pas de grief * à ce que nous les prenions.

1651 **comm.** Cela en vue de ce que nous avons établi. Si tous ces gens (officiels et esclaves) se rendent sur notre territoire, en profitant de cette trêve et sans avoir obtenu un nouveau sauf-conduit, ils y jouiront de la protection, car c'est par cette trêve-là qu'ils se sentaient vis-à-vis de nous en toute sécurité [1] chez eux; ils le seront également quand ils se rendent sur le territoire islamique.

• 3442. Mais s'ils dominent cent hommes une fois qu'ils sont sur notre territoire, nous n'aurons pas la latitude de recevoir d'eux ces (asservis), au contraire, nous empêcherons ceux-ci d'être dominés par ces (officiels de leur pays).

comm. Car la juridiction islamique prévaut, sur notre territoire. Et la loi islamique prévoie qu'on ne réduit en esclavage personne d'entre ceux qui y séjournent sous sauf-conduit. Il en est ainsi parce cette domination est une prévarication des dominateurs contre les dominés; et cependant, il nous incombe d'écarter la prévarication visant ceux qui séjournent (chez nous) sous sauf-conduit, de la même façon que nous l'écarterons des Musulmans et des Dhimmîs.

Ne vois-tu pas ceci? Si, après (les) avoir dominés et réduits en esclavage sur notre territoire, ils embrassaient l'Islam, nous leur donnerions l'ordre de libérer ces gens dominés; au contraire, s'ils le faisaient sur leur propre territoire et embrassaient l'Islam par la suite, les (dominés) seraient leurs esclaves.

Tout lieu où les Musulmans ont une puissance résistante, sur le territoire de l'ennemi en guerre, sera dans la même situation que le territoire islamique.

Car dans les deux cas, cette (puissance) leur impose l'obligation d'écarter la prévarication.

(Chaibânî) tire argument, pour cet avis, du récit fait par Tâwûs, qui dit (cf aussi infra ch. 194, IV, 236): "Quiconque séquestre -(voir plus bas l'explication)- des gens qui étaient, à l'origine, des gens libres, ou des refugiés que (leurs hôtes et oppresseurs) ont réduits à l'impuissance, il faut distinguer: Si le (dominateur) les détenait déjà dans sa maison au moment où l'Islam a pénétré dans sa maison, ils seront ses esclaves; mais celui (des asservis) qui était en liberté et payait seulement

---

(1) Le passage "*_*" manque à l'éd., mais suppléé d'après le MS de conçulation.

un tribut, celui-là sera considéré comme homme libre". Le terme "séquestrer", (**istakhrama**)(1) dans cet écrit, signifie "réduire en esclavage" (**istab'ada**).

comm. Cela montre que si la domination sur ces (compatriotes que le roi veut livrer aux Musulmans comme tribut) s'est accomplie avant que l'Islam ait prévalu sur le territoire de ces (ennemis), ces gens seront ses esclaves; et si c'est après, ils seront hommes libres.

Si des (ennemis) jouissant de la trêve se rendent chez nous, accompagnés de cent têtes, sans qu'on sache si ces (asservis) sont en état de dominés ou non, * et que 1652
les (officiels ennemis) disent: "Ce sont nos esclaves, que nous avons amenés à votre intention afin que vous les receviez comme rançon (tribut stipulé)", mais que ceux-ci protestent: "Non, ils mentent; nous sommes des gens aussi libres qu'eux-mêmes", alors c'est à la parole de ces cent têtes (livrables en tribut) qu'il faudra ajouter foi (quand aucun n'a d'autre preuve).

comm. Car cette divergence entre eux a lieu sur le territoire islamique et dans la juridiction des Musulmans. Or la loi islamique dit que, quand nous ne savons pas quelle est la vérité de situation, alors il faut ajouter foi à la parole de celui qui prétend être homme libre, jusqu'à ce que la preuve de l'esclavage soit établie contre lui.

• 3443. Si deux témoins attestent que ces (asservis) sont les esclaves de ces autres-là, on admettra ce témoignage, et il sera égal que les témoins soient des Musulmans, des Dhimmîs, ou même des ennemis en guerre.

comm. Car ce témoignage établit leur esclavage, et eux, ce sont des ennemis en guerre. Or le témoignage des ennemis en guerre contre d'autres ennemis en guerre constitue une preuve légale, pourvu qu'ils soient intègres de caractère, selon le critère de leur propre religion.

• 3444. Si ceux qui les ont amenés disent: "C'étaient des gens libres mais nous les avons dominés avec l'autorisation de notre roi et sur notre territoire, de sorte qu'ils sont devenus nos esclaves", et que ceux-ci disent: "Ils ne nous ont point dominés, et ils ne sont même pas présentés à nous, si ce n'est chez vous (dans le territoire islamique)", dans ce cas aussi c'est à la parole des (asservis) qu'il faut ajouter foi.

comm. Car si les autres les ont dominés, c'est là un événement nouveau et qui, du fait qu'il est nouveau, doit (en principe) se situer dans le temps le plus proche (=le plus récent). En outre les uns affirment une cause qui crée l'esclavage, et les autres la nie. Affirmer une cause, c'est comme d'affirmer l'effet établi par la cause, car les causes sont recherchés (**turâd**) pour leurs effets et non pour elles-mêmes (**li-a'yânihâ**). Donc on ne décidera la qualité d'esclaves de ces gens-là que quand une preuve aura été établie en faveur du demandeur, comme dans le cas précédent.

• 3445. Tout cela, au contraire du cas où l'un des (ennemis) reclamerait pour une dette ou pour un autre contrat qui aurait été passé entre eux sur le territoire

(1) Le sens étymologique en est: Chercher á voiler, á coucher, á couvrir.

1653 ennemi, et où il établirait une preuve pour cela: * alors nous ne déciderons rien judiciairement tant que ces (parties en litige) n'auront pas embrassé l'Islam ou ne seront pas devenues des Dhimmîes.

comm. Car il s'agit d'un litige à eux, concernant quelque chose qui s'est passé dans un endroit où notre juridiction ne s'exerçait pas sur eux. Donc le juge musulman n'écoutera pas ce litige, tant que les deux parties ne se seront pas imposé la juridiction musulmane, en embrassant l'Islam ou en devenant des Dhimmîs. Si une seule des deux parties embrasse l'Islam ou devient Dhimmîe, dans ce cas non plus on n'écoutera pas le litige: ni pour l'homme qui n'a pas embrassé l'Islam, car la juridiction islamique ne lui est pas imposée; ni pour celui qui embrassé l'Islam, à cause de l'obligation qu'il y a d'observer l'égalité entre les deux parties; et cette égalité exige qu'on ne décide pas **contre** lui et **pour** son adversaire, quand on ne décide pas non plus **pour** lui et **contre** son adversaire. En ce qui concerne la question de l'esclavage (en discussion ici), le litige concerne une cause que les parties ont fait naître sur le territoire islamique, à savoir que ceux qui ont amené des (asservis), les ont dominés (sur le territoire islamique, ainsi que l'affirment les victimes de cette domination). Dans un tel cas, le juge musulman écoutera leur litige.

Ne vois-tu pas ceci? Si l'un d'eux avoue chez nous qu'il était, sur le territoire de la mécréance, esclave de l'autre, puis qu'il refuse de se soumettre à lui, nous l'obligerons à se soumettre à lui, comme un esclave se soumet à son maître. La raison en est qu'il a affirmé, sur le territoire islamique, qu'il était l'esclave de l'autre. Au contraire (litt. De la même façon), si l'un de ces (étrangers) avoue qu'il était débiteur de l'autre, sur le territoire ennemi, puis qu'il refuse de lui rembourser cette dette, le juge musulman ne décidera rien à ce propos tant que les deux n'auront pas embrassé l'Islam ou ne seront pas devenus Dhimmîs. Ainsi on voit la différence.

• 3446. En effet si nous admettons la parole de ceux qui affirment, sur notre terrioire, que les cent hommes sont (leurs) esclaves, cela mènerait à une contradiction. Car à supposer que ces cent hommes (asservis) affirment que les autres (ceux qui les ont amenés) sont leurs esclaves, la parole des uns ne serait pas plus digne de confiance que celle des autres.

Si les (officiels ennemis) disent: "Ces cent hommes sont nos esclaves", et que ces cent hommes disent: "Pas du tout! Nous sommes des gens libres. mais nous sommes d'accord pour que vous (Musulmans) nous preniez en rançon", nous n'aurons pas la latitude de les prendre.

comm. Car ils sont arrivés sur notre territoire, jouissant du sauf-conduit. Or un homme libre, en jouissance de sauf-conduit, ne peut en aucun cas être déduit en esclavage, peu importe que lui-même l'agrée ou non.

Ne vois-tu pas ceci? Si ceux qui les ont amenés disent: "Les gens que voici sont des gens libres, comme nous; mais prenez-les (en rançon), car ils l'agréent", nous n'aurons pas, et pour la même raison, la latitude de les prendre. Il en sera donc de même dans l'autre cas.

Car ils sont sous la juridiction islamique , et hommes libres, dans les deux cas. Donc ils ne deviendront pas des esclaves par une simple affirmation d'esclavage, qu'on fait contre eux, sans preuve.

• 3447. Si les (asservis), voyant que les Musulmans ne les prennent pas, disent: "nous sommes en effet les esclaves de ces gens-là comme ils ont dit, et nous avons menti, en effet, en affirmant notre qualité d'hommes libres", les Musulmans auront alors la latitude de les prendre.

comm. Car ils avouent, après l'avoir d'abord niée, l'affirmation * de ceux qui 1654
affirment leur qualité d'esclavage. Or un aveu après une dénégation est valide. Comme c'est aussi le cas d'un homme de **statut** (autre version: **parenté**) inconnu (e): Si quelqu'un affirme que cet homme-là est son esclave, puis que cet homme l'infirme d'abord pour le confirmer ensuite, il sera son esclave.

• 3448. Si ceux qui ont amené ces (asservis) disent d'abord: "Ceux-ci sont des gens libres, prenez-les, car ils l'agréent", mais qu'ensuite, voyant que les Musulmans ne les prennent pas, ils disent: "Ce sont nos esclaves", et si les cent hommes (visés) le confirment, les Musulmans n'auront quand même pas la latitude de les prendre.

Comm. Car leur qualité d'hommes libres s'est consolidée quand les (officiels ennemis) l'ont d'abord confirmée, sur notre territoire, à notre détriment (=pour nous empêcher de les prendre en rançon ou tribut). En outre, dans cette alternative, s'agissait-il de vrais esclaves, ceux-ci ont obtenu l'émancipation par la première parole des (officiels ennemis), disant qu'ils étaient des gens libres; et s'agissait-il d'hommes libres, la possibilité (d'en faire des esclaves) sera encore plus lointaine.

• 3449. A supposer qu'après leur première parole: "ce sont des hommes libres", les (officiels) disent: "Nous avons menti, ce sont des esclaves que le roi a envoyé en notre compagnie pour que nous vous les livrions", et que les cent hommes (visés) le confirment, les Musulmans auront la latitude de les recevoir pour satisfaire au droit des Musulmans.

comm. Car ces (asservis) avouent être les esclaves de quelqu'un d'autre que celui qui a (d'abord) affirmé leur qualité d'hommes libres. Or si un homme avoue la qualité d'homme libre de quelqu'un qui a un statut inconnu, cet aveu aura vigueur aux seuls dépens de celui qui a avoué (et non aux dépens d'un tiers; et on ne peut pas affranchir l'esclave de quelqu'un d'autre sans l'autorisation de ce dernier). Car la preuve par aveu ne dépasse pas la personne de celui qui a avoué. Donc (l'affranchissement survenu par la première parole des officiels sera nul, et) la qualité d'esclaves de ces (cent hommes) sera établie à cause qu'ils ont avoué être les esclaves du roi. Voilà pourquoi il sera permis (aux Musulmans) de les recevoir en rançon.

• 3450. Si les (ennemis) concluent la paix avec les (Musulmans) à condition de leur livrer cent têtes, mais sans préciser s'il s'agit de mêles ou de femelles, il sera obligatoire d'accepter tout ce que les (ennemis) amêneront, que ce soient des mâles, ou des femelles ou quelque chose de mixte (= les uns males et les autres femelles),

étant donné qu'au moment du contrat c'était inconditionnel. Or , ce qui est inconditionnel, on ne peut pas le rendre conditonnel, à moins d'un indice.

comm. En outre, dans la précision quant à la quantité des esclaves, il n'y a rien qui indique la qualité qu'on puisse exiger lors de la livraison. C'est aussi les cas des esclaves qu'on doit affranchir en expiation (cf. Q. 4/92, 5/89, 58/3); car l'expiation s'obtient, pour cette même raison, par l'affranchissement d'un cou (=d'un esclave) qu'il s'agisse d'un esclave mâle ou d'une esclave femelle.

• 3451. A supposer que ces (officiels ennemis) amènent des enfants, il faut distinguer: S'il s'agit d'enfants qui sont affranchis de leurs mères mais qui ont besoin seulement de leurs pères, on les acceptera d'eux, mais s'ils amènent des nourrissons ou des petits à peine sevrés, on ne les acceptera pas d'eux. Il en est ainsi parce que la stipulation ne contient rien qui implique la puberté (de l'esclave à livrer). Mais le but de la stipulation de livrer des esclaves est que ceux-ci soient capables de rendre
1655 service. Donc s'ils sont tels * qu'ils sont incapables de manger ou de se vêtir ou de se laver tout seuls, ce n'est pas avec cela que le but sera atteint et rempli.

comm. Car ces (enfants) ont besoin de ceux qui prennent soin d'eux, et eux-mêmes ne sont pas tout de suite capables de rendre service à autrui.

• 3452. Certes s'ils n'ont plus besoin de leurs mères, le but-qui est de les faire servir-est atteint (dans une certaine mesure). De même du point de vue de leur valeur: leur valeur diminue si ce sont de petits enfants qui ne sont pas encore affranchis de leurs mères; mais s'ils en sont déjà affranchis, leur petitesse ne diminue pas, habituellement, leur valeur. Donc si les (officiels ennemis) amènent de tels (jeunes garçons ou filles) "d'entre leurs esclaves de qualité moyenne, il faudra les accepter, et on ne pourra pas les refuser sous prétexte que leurs mères sont restées sur le territoire ennemi.

comm. Car la séparation des petits de leurs mères (qui est interdite par le Prophète) ne provient pas ici du fait des Musulmans, mais du fait des mécréants.

• 3453. Cela ressemble au cas d'un (ennemi) venu sous sauf-conduit en compagnie de sa jeune esclave qui porte un petit enfant à elle: si cet (étranger) vend aux Musulmans la mère sans l'enfant, ou l'enfant sans la mère, il sera licite de le lui acheter.

comm. Car c'est l'ennemi lui-même qui les sépare, et non le Musulman (qui fait l'achat). Si personne ne lui achète l'un des deux (la mère ou son enfant), l' (étranger) les ramènera en territoire ennemi, et ce sera une aide pour les ennemis: soit de ces deux (esclaves) soit de leur postérité. Il faut prendre en considération cet aspect plutôt que celui de la séparation de la mère et de son petit enfant. Il en sera donc de même dans le cas présent.

1656 • 3454. * (Chaibânî) dit: Si les (ennemis) stipulent, dans le contrat de trêve, de livrer cent esclaves appartenant (à l'origine) aux Musulmans et qui se trouvent chez ces (ennemis) puis qu'ils amènent des esclaves leur appartenant et eux-mêmes, ou même s'ils apportent la valeur de cent esclaves appartenant (à l'origine) aux

Musulmans, alors les Musulmans ont le droit de le leur refuser; et ce refus ne constituera pas une violation du pacte, de leur part.

comm. Car l'avantage stipulé en faveur des Musulmans ne s'accomplit pas par ce que ces (ennemis) amènent: ceux-ci avaient en effet stipulé la libération des esclaves des Musulmans; or ce but n'est pas atteint quand ils n'en amènent que la valeur, ou leurs propres esclaves.

• 3455. A supposer que dans ce cas-là ils aient livré des otages aux Musulman, ceux-ci auront la latitude de ne pas leur rendre leurs otages jusqu'à ce qu'ils ont stipulé. Ce sera à l'instar du cas où ils auraient stipulé de donner des pièces de monnaie de bonne espèce, et apporteraient des pièces de mauvais aloi.

comm. Cet exposé fait allusion au fait qu'en cas d'otages pour la livraison des esclaves, il est loisible de détenir [1] les (otages). Il en est ainsi parce que, dans une trêve, la livraison des esclaves est prise en tant que dette, et cela en considération de leur valeur. Dans un tel cas il est permis de donner quelque gage, même s'il s'agit d'adultes (?). En effet nous avons déjà mentionné qu'une telle transaction entre les Musulmans et les ennemis en guerre est chose valide même quand il s'agit d'homme d'origine libre. Ce sera ainsi à plus forte raison s'ils s'agit d'esclaves.[2]

• 3456. Si les Musulmans apprennent (dans le cas en discussion) que les (ennemis) ne possèdent pas cent esclaves (=aucun esclave) appartenant aux Musulmans, alors ils accepteront la valeur de cent esclaves de Musulmans, en évaluant sur la base de leurs esclaves moyens.

comm. Car il y a impossibilité de de livrer la chose nommée, bien que la cause obligeant à la livraison subsiste. Voilà pourquoi il sera obligatoire d'en livrer la valeur.

• 3457. * (Chaibânî) dit: Si les (ennemis) sitpulent dans le contrat de trêve (la 1657
livraison) de cent arcs, ou de cent cuirasses en fer, ou de cent épés, cette stipulation et celle des cent têtes d'esclaves sont pareilles, en ce sens qu'on pourra accepter d'eux autre chose que la chose nommée (dans le contrat), ou sa valeur. Il en sera de même s'ils ont stipulé de rendre des bêtes de guerre ou des armements appartenant (à l'origine) aux Musulmans, au contraire du cas précédent où ils avaient stipulé la livraison d'esclaves de Musulmans, auquel cas on n'en acceptait pas la valeur (dans la mesure où il existait de tels esclaves chez eux.)

comm. Car les esclaves des Musulmans sont ressortissants du territoire islamique. La stipulation qui les vise a l'avantage de les ilbérer de la main des ennemis. Or ce but n'est pas atteint si on ne livre que leur valeur. Quant aux bêtes de guerre et aux armements, ils ne sont pas comparables aux (ressortissants

---

(1) A lire: الحبس comme dans le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. portant: الجنس

(2) Le texte est obscur. Il veut probablement dire que le chef des Musulmans peut donner des hommes libres comme otages aux ennemis (cf. III, 332), donc il peut également et à plus forte raison donner des esclaves.

islamiques), peu importe si les (ennemis) ont stipulé sans condition ou s'ils ont dit qu'il s'agisse d'objets appartenant (à l'origine) aux Musulmans.

Ne vois-tu pas que si un ennemi arrive chez nous sous sauf-conduit et amène avec lui des bêtes de guerre ou des armements qui appartenaient à l'origine aux Musulmans mais que les (ennemis) ont mis en lieu sûr, il ne leur sera pas interdit de les ramener en territoire ennemi. Au contraire s'ils amènent un esclave, fait prisonnier sur un Musulman ou un Dhimmî (**mu'âhad**) -bien que les (ennemis) l'aient mis en lieu sûr- il ne sera pas autorisé à le ramener, mais on le contraindra à le vendre (à un ressortissant musulman). Cela montre la différence qu'il y a entre les deux catégories de cas (=des hommes et des choses).

• 3458. S'ils ont stipulé dans (le contrat de) la trêve de livrer chaque année cent pièces de tissus ou cent bêtes (**dâbba**), la trêve sera vicieuse.

comm. Car les tissus sont de différents genres. De même les bêtes. Car le mot **dâbba** signifie en fait (= lexicographiquement, ou: au sens propre) tout ce qui rampe sur la terre; et en droit: le cheval le mulet, et l'âne. Donc tant que l'espèce de cette bête n'est pas précisée, il n'est pas correct de la nommer dans le contrat. Au contraire des esclaves: car là, l'espèce est connue, et la qualité seule est inconnue. Or dans les cas où on a la latitude (de négliger la précision de la qualité), il n'est pas incorrect de nommer seule l'espèce, par exemple lors du mariage etc. Donc (dans le cas des tissus etc.), il faudra que les Musulmans dénoncent la trêve aux (ennemis) pour
1658 contracter ensuite une nouvelle trêve * contre quelque chose de précis.

Mais à supposer que les (Musulmans) n'aient pas fait de la sorte et que l'année (de trêve) expire, faisant échoir le paiement de la rançon, (ici, les tissus etc. sans précision d'espèce), les mécréants auront la liberté de donner aux (Musulmans) l'espèce de choses qu'ils voudront et de qualité moyenne dans la catégorie.

Car ces biens sont leurs biens; donc c'est leur parole qui compte pour préciser l'espèce de la chose à livrer. Cela à l'instar du cas où un homme avoue qu'un tissu appartient à quelqu'un: c'est à celui qui avoue d'en préciser l'espèce.

De même si quelqu'un lègue à un autre un tissu, c'est à l'héritier, qui tient la place du défunt, de préciser l'espèce.

comm. Il en est ainsi parce que, quand l'année est écoulée, l'intérêt des Musulmans est de sa référer (=accepter) à la précision que les (ennemis) ont donnée quant à l'espèce; car s'ils ne le faisaient pas, sous prétexte de l'imprécision, les autres ne leur remettraient rien. Mais ce cas diffère de celui du mariage. Car si le mari consomme le mariage (et s'il y a eu imprécision quant au salaire d'honneur à payer à l'épouse), ce n'est point au mari qu'on se référera pour préciser l'espèce du tissu (promis comme salaire d'honneur), étant donné que, dans ce cas, ce qui s'impose c'est le substitut principal (**al-badal al-aṣlî**) de la chose nommément promise, à savoir l'équivalent du salaire d'honneur reçu, à son tour par une proche parente de la mariée (**mahr al-mithl**). Ainsi la gêne de cette (imprécision initiale du salaire d'honneur) est écartée, et on n'a plus besoin de se référer au mari pour le préciser.

• 3459. A supposer que la trêve soit conclue contre la livraison de cent têtes (par les ennemis), puis que certains hommes de statut libre, d'entre les ennemis en guerre), avouent qu'ils sont les esclaves de leur roi et que le roi les envoie aux Musulmans pour satisfaire qui de droit: si les Musulmans apprennent qu'il s'agit là d'hommes d'origine libre et si ces (asservis) ont avoué cela sur le territoire islamique, on ne prendra pas en considération leur aveu (d'être esclaves de leur roi.)

comm. Car ils se sont rendus sur notre territoire en jouissance de protection, et leur qualité connue d'hommes libres s'est ainsi consolidée. Elle ne s'annulera donc pas par leur aveu d'être esclaves.

Au contraire, si leur (vrai) statut n'est pas connu (des Musulmans): dans ce cas leur qualité d'hommes libres ne se consolide pas (par le simple sauf-conduit), étant donné qu'on l'ignore. (cf. aussi supra, IV, 29).

Ne vois-tu pas ceci? Si un homme de statut inconnu avoue, sur le territoire islamique, qu'il est esclave, on l'admet au contraire du cas où un homme, dont le statut d'homme libre est connu, avoue être esclave.

• 3460. * Mais si ces (asservis) ont fait l'aveu de bon gré sur le territoire 1659
ennemi, ce cas et le cas précédent sont égaux, sauf dans le cas où la loi de ces mécréants (1) ordonne que tout homme avouant être esclave de quelqu'un devient tel. Si c'est le cas, ils seront considérés comme esclaves, et on les recevera pour le paiement de la rançon.

comm. Car le statut d'homme libre, sur le territoire d'un ennemi (des Musulmans), n'est pas chose solide.

Ne vois-tu pas qu'il se casse quand les (Musulmans) réduisent quelqu'un de tel statut en esclavage, dans le cas où il n'y a pas de trêve entre nous et eux? Et même quand il y a une trêve entre nous et eux, il n'y a pas de trêve entre eux, les uns vis-à-vis des autres. Donc le bénéficiaire de l'aveu réduit parfaitement en esclavage ceux qui avouent être (ses) esclaves, si telle est leur loi: Ils deviennent ses esclaves. Mais si telle n'est pas leur loi, la réduction en esclavage ne s'accomplira pas (sur leur territoire non plus) de même qu'elle ne s'accomplit pas sur le territoire islamique. Car la loi islamique n'autorise pas à réduire un homme libre en esclavage.

Ne vois-tu pas ceci? Si ces (asservis) embrassent l'Islam après avoir fait cet aveu-leur loi ordonnant leur réduction en esclavage à cause de leur aveu, -il resteront esclaves du bénéficiaire de leur aveu. Et si telle n'est pas leur loi, ils resteront hommes libres selon leur statut bien connu de l'homme libre.

(Chaibânî) explique la raison de ceci par l'exemple d'une peuplade dont la loi nationale (**litt.** de leur pays ou: de leur souverain) dirait que le voleur devient l'esclave de la victime de son vol: (2) Si ces gens-là décidaient ainsi contre un

---

(1) Intéressant matériel pour le droit international privé, quant au conflit des lois, chez le juriste musulman de l'époque de Charlemagne.

(2) Selon le témoignage du Qur'ân (12/75), tel fut en effet la loi israelite du temps de Jacob.

voleur, celui-ci resterait esclave, selon ce qu'on aurait judiciairement décidé à son propos, et il serait égal que cette peuplade soit ou non en état de trêve avec nous au moment de cette décision judiciaire.

Car si la juridiction islamique ne s'exerce pas, sur leur territoire, c'est parce qu'ils ont conclu la trêve avec une telle stipulation. L'aveu opère sur celui qui fait l'aveu, de la même façon que la décision d'un juge. Si une telle décision en provenance d'un juge est exécutoire sur eux (pour les rendre esclaves), il en sera de même si quelqu'un fait l'aveu d'être esclave.

• 3461. On se fondera sur le même principe s'il y deux territoires de mécréants, chacun avec son roi particulier, et s'il ya a la trêve entre nous et ces deux pays (mais pas entre eux deux) puis que chacun d'eux attaque l'autre: Si les gens de chacun d'eux amènent chez nous cent têtes des prisonniers qu'ils ont fait chez leurs adversaires (pour nous les remettre, au titre du tribut stipulé dans la trêve) il nous sera loisible de les recevoir d'eux.

Car il n'y a pas eu de trêve entre ces deux territoires, la trêve n'a été qu'entre nous et eux et, dans leurs rapports mutuels, ils sont restés au **statu quo ante** d'avant cette trêve (conclue avec nous), et ils deviennent propriétaires les uns des autres par la capture de prisonniers. Cela au point que si ces gens embrassent l'Islam, -ou deviennent Dhimmîs, -leur prise sera laissée intacte; et s'ils veulent la vendre sur le territoire islamique, il (nous) sera licite de (la) leur acheter. Il en est donc de même pour la recevoir en rançon (tribut).

• 3462. Il en est de même s'il s'agit de ressortissants d'un seul territoire, mais dont la loi dit que, quiconque capture par la force son compatriote, celui-ci devient l'esclave de capturant, comme c'est l'usage **(ma'rûf)** chez les Dailam, car, bien qu'habitants du même territoire, ils font des incursions les uns chez les autres.

comm. Il en est ainsi parce qu'il n'y a pas de trêve, entre eux, les uns chez les autres. Donc le dominant devient propriétaire du dominé, selon la loi de leur pays, et le dominé devient esclave de l'autre.

Et sur la même base, si certains d'entre eux usurpent les biens d'autrui puis embrassent l'Islam, et si ensuite ils portent litige devant le juge musulman, celui-ci étudiera quelle était leur loi avant leur islamisation: s'il apprend que selon leur loi l'usurpateur devenait proprietaire des biens usurpés, par l'effet de l'usurpation, il ne donnera pas l'ordre à l'usurpateur de rendre quoi que ce soit; au contraire, s'il apprend que telle n'était pas leur loi, mais que les (autorités de leurs pays) n'ont pas donné l'ordre de rendre (les biens usurpés) parce qu'elles n'avaient pas été saisies de l'affaire et que le propriétaire (des biens usurpés) n'avait pas porté plainte, alors le juge musulman distinguera: Si la loi de leur pays dit que l'usurpation est une des causes donnant titre de propriété le juge ne donnera pas l'ordre de rendre ces (biens
1660 usurpés), * car la **res nullius (mubâh)** devient propriété de celui qui la met en sécurité; et, pour l'usurpateur, la mise en sécurité s'accomplit (dans le cas en question), eu égard à sa main possédante. Au contraire, si la loi de leur pays dit que l'usurpation, quoi que cause valide du titre de propriété, ne s'accomplit que sur

décision du roi, alors la mise en sécurité par l'usurpateur ne s'accomplit pas d'elle-même, car la victime de l'usurpation a la possibilité de porter plainte devant leur roi contre l'(usurpateur) et de lui reprendre (ses biens). Quant à l'Islam, il confirme le titre de propriété une fois que la mise en sécurité est achevée. Et avant l'établissement du titre de propriété, la simple existence d'une cause ne crée pas obligatoirement un titre de propriété.

Ne vois-tu pas que si ces (ennemis) saisissent des biens de Musulmans, puis embrassent l'Islam avant même de les avoir mis en sécurité au moyen de leur territoire, on leur donnera ordre de les rendre; et ce sera le contraire s'ils embressent l'Islam après les avoir mis en sécurité sur leur territoire?

Si l'(usurpateur) détruit les (biens usurpés) avant sa conversion à l'Islam-pour enmbrasser l'Islam ensuite - il n'y a de dommage à payer dans aucun des deux cas (l'avoir mis ou non en sécurité).(1)

Car l'obligation aux dommages existe parce que le "**lieu**" (ici, les biens détruits) possédait de la valeur et jouissait de l'immunité. Cela n'existe pas ici. Mais l'obligation de rendre la chose usurpée elle-même, cela n'exige pas que le "lieu" jouisse de l'immunité et ait de la valeur.

Ne vois-tu pas que si un Musulman usurpe du vin à un autre Musulman, on lui donnera ordre de le rendre à cet autre, tant que le vin existera **in re**; mais s'il l'a détruit, il ne sera redevable d'aucun dommage, ni sous la forme d'un (vin) semblable ni en payant la valeur?

• 3463. S'il s'agit d'un peuplade qui n'a pas conclu la trêve avec les Musulmans, puis qu'un Musulman ou un Dhimmî usurpe (chez eux) quelque chose pour l'amener sur notre territoire, si ensuite le propriétaire d'origine arrive- qu'il soit converti à l'Islam, ou devenu Dhimmî, ou simple touriste sous sauf-conduit- pour porter plainte contre l'(usurpateur), dans aucun des deux cas (l'usurpation domme au non selon leur loi, le titre de propriété), il n'a rien à faire contre l'(usurpateur).

comm. Car, même quand leur loi ne prévoit pas que l'usurpation soit cause valable du titre de propriété, la loi islamique prévoit que la mise en sécurité sur le territoire islamique des biens d'une peuplade ne jouissant point de trêve est une cause parfaite pour donner le titre de propriété.

• 3464. A supposer que cette peuplade jouisse de la trêve avec les Musulmans, le reste des circonstances étant le même, (2) si les deux (ennemis qui sont parties dans une usurpation) arrivent chez nous * en jouissance de cette trêve, -ou qu'une 1661
des deux arrive sous cette trêve et que l'autre embrasse l'Islam ou se fasse naturaliser Dhimmî, -le juge musulman ne prendra aucune décision entre elles.

---

(1) cf. aussi • 1147.

(2) Le passage *1* semble superflu, et n'existe pas dans la traduction turque de 'Aintâbî, à moins qu'ils relique seulement la mise en securité sur le territoire islamique

comm. Car elles ne s'imposent pas la juridiction islamique, et il s'agit d'une affaire qui a eu lieu entre ces parties sur le territoire ennemi. Donc ce sera comme le contrat de prêt d'argent[1] qui a eu lieu sur le territoire ennemi (où le prêt à intérêt est autorisé).

• 3465. Toutefois si les deux parties arrivent, ayant embrassé l'Islam, alors le (juge musulman) donnera ordre à l'usurpateur de rendre (les biens usurpés).

comm. Car la loi de leur pays (d'origine) ne prévoit pas que l'usurpation soit une des causes valables du titre de propriété; donc la simple prise n'accomplit pas la mise en sécurité.

• 3466. Pas plus que la mise en sécurité ne s'accomplit quand l'(usurpateur) améne les (biens) sur notre territoire.

comm. Car il amène les biens d'une des personnes qui jouissent de la trêve avec nous; cette (arrivée) n'est donc pas un moyen de donner titre de propriété. Voilà pourquoi on donnera ordre à l'(usurpateur) de rendre (les biens usurpés).

(Chaibânî) poursuit: on rapporte que certains Musulmans avaient emprunté quelque chose aux mécréants (Mecquois ennemis en guerre), puis quand le Prophète conquit la Mecque , ces gens-là ne voulurent pas rendre ces objets empruntés. Alors le Prophète déclara dans un discours public: "La chose empruntée est à rendre, la bête laitière prêtée pour usufruit (du lait) est à rendre, et le garant est responsable du dédommagement."

Cette (parole du Prophète) est devenue le fondement de la règle que nous avons mentionnée, à savoir que si la mise en sécurité n'a pas été parachevée dans un endroit avant qu'il devienne territoire islamique, on donnera ordre de rendre la chose (empruntée ou usurpée) après que cet endroit sera devenu territoire islamique.

• 3467. Si la victime de l'usurpation porte plainte contre l'usurpateur, devant leur roi, et que l'usurpateur prétende que la chose visée était à lui sans qu'il l'ait usurpée, si leur roi laisse la chose aux mains de l'(usurpateur) et charge le demandeur d'établir la preuve, mais que celui-ci n'ait pas encore produit de preuve
1662 quand * les habitants de la région embrassent l'Islam ou deviennent Dhimmîs, alors on laissera en la possession de l'usurpateur ce qu'il a usurpé;-

comm. Car la mise en sécurité de (la chose usurpée) s'est parachevée quand leur roi a confirmé [2] la main possédante de l''(usurpateur) sur cet objet. La raison en est que la victime de l'usurpation n'a nullement faculté de le récupérer sans avoir établi la preuve; et nous ne savons pas si cette victime sera ou ne sera pas en mesure de le faire, et si, lors de la production des témoins, ceux-ci pourront être ou non considérés comme intègres;-

---

(1) Ainsi: المداينة selon le MS de Carullah (Istanbul), l'éd. portant: المعاملة

(2) Si le roi ennemi a donné un délai au demandeur pour produire la preuve, ce n'est pas l'équivalent de décider contre lui. L'auteur veut sans doute dire que, tant que le dommandeur n'aura pas prouvé son titre, ce sera comme il n'a pas le titre.

• 3468. Donc si la victime de l'usurpation dit, après que la peuplade a embrassé l'Islam: "Je vais établir la preuve de mon droit, au moyen de témoins musulmans", on ne l'admettra pas.

comm. Car une fois que la mise en sécurité par l'usurpateur a été parachevée, son titre de propriété sera confirmé par l'Islam.

• 3469. Le point juridique (**fiqh**) est le suivant: lorsque leur roi empêche la victime de l'usurpation de reprendre ses biens à l'usurpateur, c'est comme si le roi lui-même saisissait ces biens au (propriétaire) par l'exercice de la force, et les remettait à l'usurpateur. S'il en a été ainsi, il n'y a pas de difficulté (à comprendre) que la mise en sécurité de cet objet par l'usurpateur a été prachevée.

comm. Car si cette mise en sécurité est parachavée par l'acte de l'(usurpateur), eu égard à la loi du pays, elle le sera à plus forte raison si la puissance du (roi) s'y exerce pour saisir la chose et pour la remettre à cet (usurpateur) ou pour en écarter la (victime de l'usurpation).

• 3470. Il en sera de même si un homme usurpe à quelqu'un un petit enfant encore incapable de s'exprimer, et affirme: "C'est mon esclave", tandis que le père dit: "C'est mon fils", ce cas est comme celui de l'usurpation de biens, dans tous les aspects que nous venons de mentionner. * De même si le possesseur (**litt.** celui qui a 1663
la main possédante, c.-à-d. sur l'enfant) affirme que l'enfant est son esclave et si l'autre affirme qu'il s'agit de son fils, et que leur roi soit d'avis d'ajouter foi à celui qui se prétend parent, et reprenne l'enfant pour le remettre au père jusqu'à ce que l'autre apporte la preuve que l'enfants est son esclave, et qu'ensuite cette peuplade embrasse l'Islam-ou devienne dhimmîe-si après cela le "maître" établit la preuve que l'(enfant) est son esclave, le juge musulman déclarera (néanmoins) l'enfant comme personne jouissant de statut libre, et fils de celui qui affirmait cela.

comm. Car la décision de leur (ex-) roi fait échapper l'enfant à cet (affirmateur d'esclavage) et a annulé son titre de propriété sur lui, en déclarant l'enfant comme homme libre, et fils de cette autre personne; donc il n'est plus possible qu'une preuve établisse le titre de propriété qui a été annulé par la jurdiction de cette peuplade quand elle était en état de guerre avec nous, ou même en trêve avec nous mais de sorte que notre juridiction ne s'exerçait pas sur eux.

• 3471. Le statut de l'héritage se fonde sur ce même principe: Si quelqu'un de ces gens-là meurt et que la loi de leur pays fasse hériter les fils à l'exclusion des filles, ou les filles à l'exclusion des fils, (1) et si c'est ainsi qu'on a décidé et qu'ensuite ces gens-là embrassent l'Islam, alors tout ce que leur roi a fait à ce propos restera exécutoire.

comm. Car son jugement collait à eux et ils l'agréaient au moment où il a rendu ce jugement. Et comme il était le souverain, exerçant sa domination sur eux,

---

(1) Chaibânî semble se référer ici aux pratiques de l'Iude

ce qu'il a fait à leur propos s'est accompli. Donc on ne s'occupera pas, après leur islamisation, d'annuler quoi que ce soit de ce (jugement).

• 3472. Il en sera de même si l'héritage a été pris (par exemple) par les seuls fils mais sans qu'il y ait eu jugement de leur roi-pourvu que cette loi soit connue-alors ce cas et celui où ils prenaient l'(héritage) par jugement du (roi) sont pareils.

comm. Car s'ils avaient porté le litige devant le (roi), il aurait confirmé ce qui se trouvait en la main des (fils). Donc leur simple prise de possession parachève leur mise en sécurité de cet (héritage), eu égard à la loi et à la puissance du (roi).

1664 • 3473. * Si quelqu'un saisit un objet et le détruit, et que selon la loi de leur pays cet homme n'eût pas droit à cet objet, si les gens portent plainte devant le (roi) et que celui-ci décide que la valeur (de l'objet détruit) soit versée au demandeur, si l'autre ne l'a pas versée quand les deux (parties en litige) embrassent l'Islam, le (destructeur) ne versera plus rien à l'autre.

comm. Car cette valeur était comme une dette à sa charge. Mais le (maître d'origine, le demandeur) ne parachève pas la mise en sécurité de cette dette tant qu'il n'a pas obtenu possession par suite de la décision judiciaire.(1) * Donc qu'il ait décision pour confirmer la (responsabilité) ou qu'il n'y en ait pas une, c'est pareil.

Si ces gens-là avaient embrassé l'Islam après la destruction de cet objet mais avant la décision judiciaire (de leur roi), le juge musulman n'aurait rien décrété contre ou de la valeur pour cet objet détruit. Il en sera donc de même dans le cas en discussion.

• 3474. A supposer que l'objet usurpé soit un esclave, et que l'usurpateur l'ait émancipé, au moment où leur roi le lui a remis, et l'ait laissé partir, puis que le demandeur (victime de l'usurpation établisse la preuve de son droit et reprenne l' (esclave) par la décision de leur roi, si par la suite tout le monde embrasse l'Islam, cet esclave restera la propriété du demandeur, et son esclave par un ennemi (en guerre avec les Musulmans) sur le territoire ennemi n'est pas exécutoire si la loi de leur pays dit qu'il ne faut pas interdire à l'émancipateur de réduire (de nouveau) en esclavage un esclave déjà émancipé. Ou encore parce que cet esclave est en état de dominé devant la décision de leur roi, eu égard au fait qu'il était l'esclave du demandeur. Même si cet (esclave) était à l'origine un homme de statut libre, si quelqu'un le saisit et produit la preuve qu'il s'agit de son esclave, puis que leur roi décide dans le même sens, cet (homme libre) sera l'esclave de celui (qui l'a saisi). Il en sera donc de même si c'est un homme (non pas libre d'origine, mais) émancipé, et si le roi a décrété qu'il serait l'esclave du demandeur et qu'il le lui ait remis.

• 3475. Si un ennemi, mais non d'un pays en trêve (avec nous), fait prisonnier

(1) L'argumentation n'est pas claire. Une dette, confirmée par la décision du tribunal, n'est pas comme un butin exigeant la mise en sécurité, pour donner le titre de propriété. Le tribunal a donné ici un délai pour rembourser la dette. Ce délai n'annule pas le droit octroyé par la décision judiciaire. Le Prophète a bien dit: "L'épée efface tout, sauf la dette."

de guerre un esclave des Musulmans et le met en sécurité au moyen de son territoire, puis que quelqu'un le lui usurpe et dise: "C'est mon esclave", et que cet (usurpateur) l'émancipe, si par la suite toute cette peuplade embrasse l'Islam * et que 1665
celui qui l'avait mis en sécurité établisse la preuve de son droit-la loi de leur (ancien) pays voulant que l'(esclave) lui soit rendu-alors l'émancipation par l'(usurpateur) qui l'a émancipé sera nulle et non avenue.

comm. Car il n'en était pas propriétaire, vu que sa mise en sécurité n'a pas été parachevée, au contraire du cas où la loi de leur (ancien) pays reconnaît que l'usurpateur devient propriétaire par l'usurpation: dans ce cas-ci l'émancipation par l'usurpateur sera exécutoire, étant donné que sa mise en sécurité a été parachevée; en outre, dans ce cas, il ne rend pas non plus l'esclave après cette (usurpation).

• 3476. A supposer que la loi de leur pays dise qu'il faut rendre (la chose usurpée), et que les deux hommes portent plainte devant leur roi, où l'usurpateur affirme: "C'est mon esclave", et que le roi lui confirme la main possédante jusqu'à ce que l'autre produite la preuve, si celui qui a la main possédante émancipe l'(esclave), celui-ci sera homme libre;-

comm. Car la mise en sécurité de la part de l'(usurpateur) a été parachevée quand le roi lui a confirmé la main possédante sur l'(esclave) et quand il a interdit à l'autre de le lui enlever;-

Supposons que l'autre produise la preuve après cette (émancipation), et que leur roi décide en faveur de celui-ci et lui (fasse restituer l'(esclave), si par la suite [1] tout le monde embrasse l'Islam- ou devient Dhimmî- l'(esclave) sera homme libre à cause de (malgré?) cette preuve.

Car après que l'émancipation s'est exécutée en lui, la décision du roi de remettre un Musulman en esclavage est nulle. En outre, quand son statut d'homme libre a été consolidé par sa conversion à l'Islam, sa liberté n'est plus susceptible d'être annulée. Elle ne sera donc pas annulée par la décision de leur roi le rendant de nouveau esclave après cette (émancipation qui s'est exécutée), au contraire du cas précédent.

• 3477. Si l'usurpateur a émancipé le prisonnier avant que leur roi y ait confirmé sa main possédante, et que le reste des circonstances soit le même, et si ensuite tout le monde embrasse l'Islam, alors le prisonnier restera esclave.

comm. Car l'émancipation de la part de l'(usurpateur), avant que la mise en sécurité (de cet esclave) ait été parachevée est nulle et non avenue.

• 3478. (Chaibânî) poursuit: Si un Musulman entre sur le territoire ennemi sous sauf-conduit et qu'un ressortissant de ce pays ennemi usurpe des biens (appartenant à ce Musulman), et qu'ensuite ces gens(ennemis) embrassent l'Islam ou deviennent Dhimmîs, il faut distinguer: Si la loi de leur pays dit que l'usurpation est

---

(1) Ainsi dans le texte, mais le commentaire qui suit présuppose que l'islamisation ait lieu avant la nouvelle décision du roi. Voir aussi le paragraphe après le commentaire suivant.

une cause valide du titre de propriété, sans distinguer si la victime de l'usurpation est un Musulman venu sous sauf-conduit, [1] ou un ennemi en guerre (c.-à-d. son propre compatriote), alors le Musulman (victime de l'usurpation) ne pourra rien faire (malgré la conversion à l'Islam de l'usurpateur de ses biens);-

1666 **comm.** * Car la mise en sécurité des biens usurpés de la part de l'usurpateur a été parachevée selon la loi de leur roi qui exerce la souveraintê chez eux. Donc ces biens et ceux que cet (ennemi) arrachait à un Musulman sur le territoire islamique pour les mettre en sécurité au moyen du territoire ennemi sont pareils pour la Loi (islamique);-

• 3479. Mais si la loi de leur pays veut que l'(usurpateur) rende les biens (usurpés) à son adversaire, et si les deux hommes (en litige) n'ont pas encore porté plainte au moment où (eux et) les habitants de ce territoire-là embrassent l'Islam, alors on rendra les (biens usurpés) au touriste qui est allé sous sauf-conduit (chez eux).

comm. Car dans ce cas la mise en sécurité par l'usurpateur n'a pas été parachevée, étant donné que cet (usurpateur) est sous la puissance (de son roi) et que, selon la loi de leur pays, il lui interdit de faire ce qu'il a fait. Dans le cas précédent, au contraire, il était en état de dominant, et la décision de leur roi confirmait ce qu'il avait fait.

• 3480. A supposer qu'on ne sache pas quelle est la loi de leur pays à ce propos (de l'usurpation), alors on restituera les biens (usurpés) au Musulman qui était allé sous sauf-conduit (chez les ennemis qui ont maintenant embrassé l'Islam).

comm. Car il est connu (et établi) que le titre de propriété lui appartient dès l'origine, tandis qu'il n'est pas connu (ni établi) que l'autre ait eu la cause qui donne droit au titre de propriété; ici cette cause, c'est la parfaite mise en sécurité. En outre nous savons que l'usurpation en elle-même n'entraîne pas nécessairement le titre de propriété. Donc tant qu'il ne sera pas établi de quelque façon que la loi bien établie chez quelque peuplade est contraire à celle-là, il sera obligatoire de fonder la décision sur ce qui est connu.

• 3481. Si ces deux hommes portent plainte devant leur roi, et que l'usurpateur nie (l'accusation) et affirme: "Ce sont mes biens, et je ne les ai pas arrachés à cet autre", puis que leur roi y confirme la main possédante de l'(accusé) jusqu'à ce que le Musulman (demandeur) produise la preuve, si ensuite ce peuple ennemi embrasse l'Islam, alors les biens (en litige) seront laissés à l'usurpateur.

comm. Car sa mise en sécurité a été parachevée quand leur roi lui a confirmé la main possédante sur ces biens-là.

• 3482. Supposons, dans ce cas, que le Musulman (demandeur) établisse la preuve, et que leur juge enlève les biens à l'usurpateur pour les restituer à ce

(1) L'éd. porte: "un touriste venu sous sauf-conduit ou un Musulman", mais nous suivons le traducteur turc, qui en a disposé un meilleur MS.

(Musulman), ils appartiendront à celui-ci (comme biens privés et non comme butin, donc le chef de l'Etat musulman) n'y prélèvera pas le cinquième gouvernemental.

comm. * Car ce (musulman) les a réintégrés en son titre de propriété par la décision de ce (juge), et la cause qui les avait fait sortir de son titre était aussi une chose semblable. Or une chose s'annule par son semblable. En outre, ce Musulman a mis ces biens en sécurité quand ils les a récupérés, et sa mise en sécurité a été parachevée par la puissance de leur roi (roi des non-Musulmans). Donc ces (biens) seront à lui. Il n'y aura pas à y prélever le cinquième parce qu'il ne les a pas obtenus moyennant une caùse qui renforce la Religion (islamique).

• 3483. Il en sera de même si un Musulman est allé chez les (ennemis) sous un sauf-conduit, fait à tort réclamation d'un esclave se trouvant en la main de quelqu'un d'eux et établit la preuve de sorte que leur roi enlève cet (esclave) à cet ennemi (son sujet) pour le remettre à ce (Musulman); si par la suite la (peuplade) embrasse l'Islam, l'esclave) continuera à appartenir à ce (Musulman), vu que sa mise en sécurité a été parachevée par la décision de leur roi. Mais il faut que ce (fraudeur Musulman) lui-même rende l'(esclave) à son camarade (ex-adversaire).

comm. Car ç'a été une trahison de sa part, au même titre que s'il avait secrètement enlevé les biens de quelqu'un pour les faire sortir vers le territoire islamique. Dans ce dernier cas, il lui sera recommandé **(yuftâ)** de les rendre, vu qu'il a violé la protection qu'il avait donné. Ce sera de même ici (dans le cas du faux procès).

• 3484. (Chaibânî) continue: Si les ressortissants de ce territoire- là sont en trêve avec les Musulmans, le juge musulman saisira ces biens (frauduleusement gagnés et ramenés sur le territoire islamique) et les fera restituer au propriétaire d'origine.

comm. Car ce (touriste musulman) a trahi la protection qui avait été donnée (lors de la trêve) par la communauté des Musulmans. Dans un tel cas, s'établit (pour le juge musulman) la compétence de contraindre à la restitution, au contraire du cas précédent.

• 3485 Sur la même base, si le (touriste musulman) usurpe les biens de quelqu'un de ces (ennemis), et que ce dernier porte plainte devant le juge (de son pays) mais que le (musulman) nie l'(accusation) et affirme: "Ce sont mes biens", si leur juge lui confirme la main possédante jusqu'à ce que l'ennemi (demandeur) produise la preuve et si entre temps tout le monde embrasse l'Islam, alors les biens (usurpés) appartiendront au Musulman (usurpateur) et, quoi qu'on lui recommande
de les restituer, * on ne l'y contraindra pas. Ce sera ainsi seulement quand cette 1667
peuplade n'était pas en trêve (avec les Musulmans, lors du procès). Au contraire si elle était en trêve avec les Musulmans, ceux ci enlèveront ces (biens) à ce (Musulman), pour restituer au propriétaire d'origine.

comm. Car l'aspect de trahison est plus manifeste ici que dans l'autre cas, étant donné que ce Musulman a commis une oppression en commettant cette usurpation et en arrachant ces (biens) à cet (ennemi en trêve).

• 3486. Si un ennemi-en trêve ou non avec les Musulmans, peu importe -accepte un contrat avec son esclave pour que celui-ci rachète sa libération moyennant quelque paiement, et si ensuite le peuple ennemi embrasse l'Islam, ce contrat sera valide.

comm. Car le contrat pour se racheter est comme un contrat d'achat et vente, en ce sens qu'il s'agit d'une disposition dépendant du consentement mutuel (des deux parties).

• 3487. Après avoir consenti au contrat de rachat, si le maître capture cet esclave-**mukâtab** par la force et annule le contrat de rachat, puis que par la suite tout le monde embrasse l'Islam, alors il faut distinguer: Si la loi de ce pays-là prévoyait que quiconque agit ainsi envers son esclave, qui est en instance de libération par rachat, annule son contrat de rachat, le contrat de rachat sera considéré comme annulé, et le juge musulman décidera ainsi;-

comm. Car le tire de propriété sur sa propre personne qu'obtient un **mukâtab** (esclave sous contrat de rachat) n'est pas, par l'effet de ce contrat de rachat, supérieur à une vraie qualité d'homme libre qui s'établirait lors d'une émancipation. Or nous avons déjà mentionné, pour ce dernier cas, que si le (maître) réduit de nouveau en esclavage celui qu'il a émancipé, il faut voir quelle est la loi de leur pays à ce sujet, et en se fondant sur cette loi, même après que la peuplade aura embrassé l'Islam. Il en sera donc de même du contrat de l'esclave qui se rachète;-

• 3488. Au contraire, si, au moment où le (maître) a annulé le contrat de libération, mais que néanmoins le (maître) le transfère en territoire islamique tout en dominant cet (esclave), il faut distinguer: s'il s'agit d'un ressortissant d'une peuplade en trêve avec les Musulmans, le juge musulman l'en empêchera; et s'il s'agit de gens qui ne sont pas en trêve avec les Musulmans, l'(asservi) sera l'esclave de ce (maître injuste), qui pourra faire de lui ce qu'il voudra.

1668 **comm.** * Car sa mise en sécurité par ce (maître injuste) est parachevée au moyen du territoire islamique, s'il ne s'agit pas de gens qui sont en trêve avec nous; mais cette (mise en sécurité) ne se parachève pas jusqu'à lui donner obligatoirement titre de propriéte, s'ils sont en trêve avec nous.

• 3489. Supposons que l'esclave de cet (ennemi) embrasse l'Islam, puis que le (maître) l'émancipe-ou en fasse un **mukâtab** (libérable moyennant paiement de sa valeur)-et qu'ensuite il le reduise de nouveau en esclavage, ni le contrat de libération moyennant paiement, ni l'émancipation de cet (esclave) ne s'annulent par une annulation de la part du (maître).

comm. Car le statut d'homme libre-et, (par incidence) le droit de disposer de soi acquis par ce **mukâtab** -s'est consolidé par sa conversion à l'Islam. Donc ni le (maître) ennemi ni le roi de ces gens-là n'ont plus la capacité d'annuler ce statut, pour la raison que nous avons évoquée, à savoir que la décision du (roi), au détriment d'un Musulman et concernant quelque chose qui n'est pas susceptible d'annulation-ici, la destruction de son statut d'homme libre-est nulle. Une autre

raison est que sa décision ne peut s'exécuter que concernant une chose qui soit susceptible d'un transfert du titre de propriété d'un homme à un autre. Or ni un homme émancipé de l'esclavage, ni un **mukâtab** n'en sont susceptibles.

• 3490. A supposer que cet (ennemi) ait fait de son esclave un **mudabbar** (libérable automatiquement à la mort de son maître), avant la conversion à l'Islam de cet esclave, -(le reste des circonstances étant le même, à savoir que le maître annule sa qualité de **mudabbar**) -l'esclave perdera la qualité de **mudabbar**.

comm. Car en obtenant la qualité de **mudabbar**; l'esclave ne sort pas de la main propriétaire de son maître; au contraire il reste, en la main propriétaire du (maître), au **statu quo ante** et en état de dominé, selon la loi islamique, même après l'obtention de la qualité de **mudabbar**, comme auparavant.(1) C'est le contraire dans le cas de l'émancipation et du contrat de libération moyennant paiement (=comme **mukâtab**); car, selon la loi islamique, ces deux statuts font tomber la main propriétaire du maître. Donc si la loi du pays de cet (esclave ennemi) n'autorise pas l'émancipateur de l'esclave à réduire de nouveau en esclavage l'homme émancipé, alors la sortie de l'esclave de la main propriétaire du maître est parachevée. C'est pourquoi lorsqu'il embrasse l'Islam après son émanciption-ou après le contrat par lequel il se rachète-sa condition (d'homme libre) ne change pas; mais si l'esclave embrasse l'Islam après être devenu seulement un **mudabbar** (libérable à la mort de son maître), il reste esclave de son maître qui aura la faculté de le vendre ou de faire de lui ce qu'il veut.

• 3491. Mais si celui-ci a donné la qualité de **mudabbar** à (son) esclave après sa conversion à l'Islam, celui-ci restera **mudabbar** (même si le maître annule cette disposition).

comm. Car le droit (de l'esclave) à la libération a été consolidé par sa
conversion à l'Islam, * quand le maître lui a octroyé la qualité de **mudabbar**. La loi 1669
islamique prévoit que l'esclave une fois devenu **mudabbar** n'est plus suceptible de devenir la propriété (de personne).(2) * Donc si le (maître) établit (de nouvau) sur lui sa main propriétaire, -après que la qualité de **mudabbar** a correctement été octroyée à l'(esclave) et après en avoir obtenu les liens de **wilâ** (statut d'ancien émancipateur qui confère certains avantages, surtout quand l'émancipé meurt sans laisser d'héritiers), -nous disons que l'annulation de la qualité de **mudabbar** par le maître n'annule pas cette qualité, au contraire du cas précédent (d'avant la conversion à l'Islam).

• 3492. Exception faite du cas où, après avoir pris cette disposition le maître (ennemi) devient un Dhimmî, dans ce cas, ce **mudabbar** doit gagner sa valeur pour se racheter.

comm. Car la loi (islamique) veut qu'on fasse sortir un (esclave musulman) du joug d'un (maître non-musulman, même Dhimmî). Le moyen normal est la vente,

(1) Voir aussi plus bas.

(2) Voir aussi plus haut. La distriction entre la deux cas n'est pas claire.

mais c'est impossible dans le cas d'un (**mudabbar**). Voilà pourquoi on aura recours, pour le faire sortir du titre de propriété du (maître dhimmî), à le faire travailler et gagner sa valeur (pour qu'il rachète sa libération avant même la mort du maître).

• 3493. Si un ennemi en guerre fait venir avec lui sous sauf-conduit un esclave sur le territoire islamique, et qu'ensuite il lui octroie la qualité de **mudabbar**, c'est valide.

1670 **comm.** Car il a * fait cela en un endroit où il était assujetti à la juridiction islamique, qu'il s'était imposée en se rendant chez nous sous sauf-conduit. C'est pourquoi il ne peur pas le vendre (en annulant l'octroi de la qualité de **mudabbar**).

Mais si ce (maître) le ramène en territoire ennemi, la qualité de **mudabbar** s'annule (si la maître la veut annuler).

comm. Car l'effet du sauf-conduit (islamique, donc l'application de la loi islamique) a pris fin. C'est donc tout à fait comme si ce (maître) avait pris cette disposition sur le territoire ennemi.

• 3494. Mais c'est le contraire, dans le cas où le maître (ennemi) prend sa jeune esclave comme **umm walad** (pour avoir d'elle un enfant); car s'il fait une **umm walad** d'une esclave ordinaire, -que ce soit sur le territoire ennemi, ou sur notre territoire où il s'y est rendu sous sauf-conduit, - elle reste toujours **umm walad**.

comm. Car la qualité d'**umm walad** suit la parenté généalogique. "Or la généalogie s'établit sur le territoire ennemi de la même façon qu'elle s'établit sur le territoire islamique. Il en est donc de même de ce qui se fonde sur la parenté, ici: la qualité d'**umm walad** de cette esclave.

• 3495. Donc, tout comme un Musulman ne peut pas acheter de ce (touriste ennemi) son fils, de même il ne peut pas lui acheter son **umm walad**, au contraire du cas de l'esclave- **mudabbar**.

comm. Comme nous venons de l'expliquer. Et Dieu sait mieux.

1671

* Chapitre (163)

DES OTAGES QUE REÇOIVENT LES MUSULMANS, ET DE CEUX QUE LES MÉCRÉANTS REÇOIVENT DES MUSULMANS

• 3496. Ainsi parle Chaibânî: Lors d'une trêve, si les mécreants (ennemis) exigent que nous leur donnions quelques Musulmans à titre d'otages, à condition qu'eux aussi nous livrent certains de leurs hommes en otages, ceci est chose désapprouvée et il ne faut pas que les Musulmans répondent favorablement, à moins que la nécessité se concrétise.

comm. Car on ne peut pas avoir confiance au sujet (de la sécurité) des Musulmans. Les apparences veulent que leur opposition mutuelle en matière de croyances (religieuses) les pousse à mettre à mort ces (otages musulmans), étant donné que rien dans leurs croyances ne les dissuade de le faire. Le Prophète a bien

fait allusion à cela quand il a dit: "Jamais un Juif ne se trouve seul avec un Musulman sans qu'il lui vienne à l'esprit d'assassiner le (Musulman)".

Si néanmoins on met cette stipulation dans le contrat (de l'échange d'otages)-parce que les Musulmans craignent quelque chose à quoi ils ne trouvent pas d'échappatoire- puis que les mécréants prennent l'intiative de livrer aux musulmans les otages de leur part, il est loisible aux Musulmans de s'abstenir de leur livrer les otages. Et cela vaut mieux pour eux.

comm. Car la nécessité s'est déjà évanoui, une fois que les otages des (ennemis) sont parvenus aux mains des Musulmans, tandis que les Musulmans ne sont pas persuadés de la sécurité des (otages) musulmans.

Si l'on disait: "Mais c'est de la perfidie, de la part des Musulmans, que de
recevoir des otages sans livrer les leurs conforméments à la stipulation". * Nous 1672
dirions: Ce n'est pas ainsi. Au contraire, cette stipulation n'était autorisée qu'à cause d'une nécessité qui (maintenant) s'est évanouie. Ne vois-tu pas que (non seulement cette chose secondaire qu'est la livraison d'otages mais) même les choses essentielles d'une trêve peuvent (dans certains cas) être entamées? Ainsi, si la cause pour laquelle les Musulmans ont eu besoin de conclure une trêve s'évanouit-par exemple, s'ils acquièrent entretemps la force de combattre les mécréants, cependant qu'ils ont conclu la trêve avec eux pour une durée déterminée, -il est licite de denoncer la trêve avant terme, et ce ne sera pas la perfidie. (Il faut distinguer entre la dénonciation en règle et préalable, d'une part, et une attaque-surprise pendant la trêve qui n'est jamais autorisée par la loi islamique). On se fonde ici sur cette parole du Prophète: "Si quelqu'un jure quelque chose par serment, et si par la suite il voit que le contraire est meilleur, il lui faut faire ce qui est meilleur et expier son serment". Or une trêve ne peut pas être plus forte qu'un serment.[1]

• 3497. Si les (ennemis) disent alors: "Si vous ne voulez pas nous livrer des otages, alors rendez-nous les nôtres", nous ne les leur rendrons pas tant que nous ne serons pas en immunité à l'égard de ce que nous craignons;-

comm. Car les leur rendre, ce serait les renforcer contre nous et leur donner la force d'anéantir quelques Musulmans (ici, les otages). C'est là une chose qui n'est pas permise;-

suite: Et quand on sera en immunité à l'égard de ce qu'on craignait, alors on leur rendra leurs otages.

---

(1) Pour apprécier cet avis personnel de Chaibânî-qui n'est d'ailleurs pas l'avis unanime des juristes musulmans-et sans aller jusqu'à le justifier, il faut se placer à l'époque où il a rédigé son ouvrage. Il a déjà parlé (supra III, 332) et il parlera encore, plus bas (IV, 43), de cas multiples où les Byznatins ont traîtreusement mis à mort les otages musulmans qu'on leur avait livrés de bonne foi. Les bulles des papes, Nicolas IV et autres (cf par exemple Ernest Nys, **Origines du droit international**, p. 216), qui accentuèrent ladite pratique byzantine, ne contribueront pas à ébranler cette méfiance musulmane au sujet des otages. Il ne s'agit donc pas, ici, d'une ordonnance du Qur'ân ou du hadith, mais de l'avis d'un auteur contemporain de Charlemagne.

comm. Car les (otages) sont comme des touristes venus sous sauf-conduit. Nous pouvons donc détenir ces (otages) jusqu'à ce que nous soyons en immunité à l'égard de ce que nous craignons de leur part, puis nous les ferons parvenir à un lieu de leur sécurité.

• 3498, A supposer que les otages (ennemis) en nos mains embrassent l'Islam, puis que les mécréants (ennemis) les réclament, ceux-ci n'ont rien à faire avec eux. (1) Car ces (otages) sont devenus comme n'importe quels autres Musulmans. On ne peut pas être sûr des mécréants pour (la vie des) Musulmans. Toutefois s'il s'agit d'esclaves de mécrétants, (qui sont les otages et embrassent l'Islam), le chef de l'Etat musulman les vendra pour en remettre le prix à leurs maîtres (ennemis). Cela à l'instar du cas où un ennemi se rend sur notre territoire sous sauf-conduit et que là son esclave embrasse l'Islam. De la même façon, si les deux parties ont échangé les otages, puis que les Musulmans aient la possibilité d'arracher aux (ennemis) les otages (musulmans), pas de grief à ce qu'ils les arrachent.

1673 **comm.** * Car la nécessité s'est évanouie. En principe les (Musulmans) avaient le droit de refuser (la livraison d'otages); donc ils auront aussi le droit de reprendre (les otages livrés). La raison en est qu'il ne faut pas que les Musulmans négligent s'ils en ont la possibilité de libérer tout Musulman qui est en état de dominé en la main des mécréants.

• 3499. Si les mécréants résistent à cet (enlèvement), pas de grief (d'objetion légale) à ce que les (Musulmans) les combattent pour cela, si les otages musulmans le demandent.

comm. Car ces (ennemis) prévariquent en détenant les (otages), et il est obligatoire de repousser la prévarication dans la mesure du possible. Toutefois si les (Musulmans) sont capables de reprendre leurs (otages) sans verser le sang, il ne leur faut tuer personne parmi ces (ennemis), eu égard à la trêve qui est entre nous et eux.

• 3500. Si les otages livrés par les mécréants disent (aux Musulmans): "Nous voulons nous faire naturaliser comme vos sujets-dhimmîs et ne voulons pas rentrer sur le territoire (de votre) ennemi", le chef de l'Etat musulman pourra leur donner une réponse favorable, pourvu que ces (otages) soient hommes libres.

comm. Car devenir Dhimmî tient lieu de conversion à l'Islam, en ce sens qu'on s'impose ainsi la loi islamique pour les affaires d'Ici-bas, et c'est un des moyens pour faire définitivement cesser les combats (entre les Musulmans et des Dhimmîs). En effet, de même que, s'ils demandaient qu'on leur explique l'Islam, il serait

---

(1) Chaibânî semble ne pas avoir connu un incident de la vie du Prophète qui va à l'encontre de cette thèse. En effet Abû Dâwûd (15/162) raconte ceci: "Abû Râfi' dit: Des Quraichites m'envoyèrent (comme ambassadeur) auprès du Prophète. Lorsque je le vis, l'Islam tomba dans mon coeur, et je dis: ô envoyé de Dieu! je ne retournerai jamais chez ceux-là (qui m'ont envoyé). Le Prophète répondit: Je ne viole pas les pactes et je ne détiens pas les envoyés. Rentre donc; et si tu continues de penser comme tu penses à ce moment, tu peux revenir (chez nous). Je retournai, puis rentrai auprès du Prophète, et embrassait l'Islam". (Cité par Hamidullah, op. cit., II, 649)

obligatoire de leur donner satisfaction (**litt.** réponse favorable), de même s'ils demandent qu'on leur octroie le statut de Dhimmîs.

Sauf si ce sont des esclaves de ces mécréants (ennemis).

Car un esclave dépend de son maître. Et puisque ces (ennemis) sont devenus, par l'effet de la trêve, comme des touristes venus sous sauf conduit, cette paix a eu pour effet que la propriété des maîtres (de ces otages-esclaves) a acquis l'immunité. Or il n'est pas possible, sans supprimer leur titre de propriété, de consentir le statut de Dhimmîs à ces (esclaves-otages). Il faudra donc (leur refuser la naturalisation et) les rendre à leurs maîtres.

• 3501. S'ils divergent et que les otages disent: "Nous sommes des hommes libres", tandis que les (parlementaires) mécréants disent: "Ce sont nos esclaves", alors c'est à la parole des otages qu'il faudra ajouter foi.

comm. * Car les (otages) sont maîtres d'eux-mêmes; donc leur parole quant à 1674
leur statut d'hommes libres prévaudra tant que la preuve ne sera pas établie de leur statut d'esclaves. Et à ce propos on n'admettra pas contre eux le témoignage des ennemis en guerre. Car ces (otages) sont devenus nos sujets Dhimmîs. Donc tant que certains Musulmans ou certains Dhimmîs n'auront pas témoigné contre eux, on ne les rendra pas à leurs maîtres (ennemis). Et si ces (otages) ont embrassé l'Islam, alors tant que des témoins musulmans (à l'exclusion même des Dhimmîs) n'auront pas attesté le fait qu'ils sont des esclaves, le chef de l'Etat musulman ne les livrera pas (aux ennemis, ni eux ni leur valeur).

• 3502. Si les (ennemis) stipulent, dans le fond du contrat, que si, par perfidie, ils mettaient à mort les otages musulmans, le sang de leurs otages nous serait licite (à verser), et si ensuite ils mettent effectivement à mort nos otages, il ne nous sera néanmoins pas licite de verser le sang de leurs otages. En effet il nous est rapporté qu'un tel incident eut lieu au temps (du calife) Mu'âwiya, et que lui et tous les (juristes) musulmans se mirent unanimement d'accord pour ne pas tuer (en vertu du talion) les otages des mécréants.(1)

comm. Car ceux ci sont venus chez nous sous sauf-conduit. Il ne nous est donc pas permis de verser leur sang pour le délit des autres. Quant à la condition stipulée dans le contrat, elle est contre les commandements de la Loi (islamique); donc elle est nulle.

• 3503. Mais le chef de l'Etat musulman les déclarera Dhimmîs, s'ils n'embrassent pas l'Islam. Au contraire, s'ils embrassent l'Islam, ils seront hommes libres, et rien à faire contre eux, comme s'ils avaient embrassé l'Islam avant l'assassinat de nos otages par les mécréants.

---

(1) Selon al-Balâdhurî, **Futûh**,p. 159, 160 et Abû 'Ubaid, **al-Amwâl**, • 445-446, Mu'âwiya avait conclu un traité de trêve avec l'empereur de Byznace, à un moment où il y avait des guerres civiles en territoire islamique, et il avait échangé des otages, gardant les otages byzantins à Baalbek. Cf aussi al-Mâwardî, **al-Ahkâm** (trad. Farçaise par Fagnan), p. 84. Pour un autre cas survenu lors du califat d'al-Mansûr, cf. supra III, 332.

Quant aux otages des (ennemis) qui embrassent l'Islam, si les mécréants disent aux (Musulmans): "Si vous ne nous les rendez pas, nous tuerons vos otages", ou: "...nous les réduirons en esclavage", et que ces otages désapprouvent qu'on les rende aux (ennemis), alors il n'est pas permmis au chef de l'Etat musulman de les rendre, même s'il sait que les (ennemis) vont tuer les otages musulmans.

1675 **comm.** * Car le respect dû à la personne de ceux-ci est exactement comme le respect dû à ceux-là. En effet si les ennemis en guerre assassinent nous otages, le chef de l'Etat musulman ne participe pas à cette prévarication, tandis que s'il leur remettait leurs otages après que ceux-ci ont embrassé l'Islam, et que les (ennemis) les mettent à mort, le (chef musulman) aurait participé à la prévarication en perenant le risque que les mécréants les teuent. Or il n'a pas cette faculté.

Ne vois-tu pas ceci? Si leurs otages meurent en nos mains d'une mort naturelle, puis que les (ennemis) disent: "Si vous ne nous remettez pas un nombre égal de Musulmans, nous mettrons vos otages à mort", nous n'aurons point la latitude de les leur livrer. Il en est donc de même ici.

• 3504. Si, après leur islamisation, ces otages (nous) disent: "Remettez-nous à eux et reprenez vos otages", il faut distinguer: Si l'avis prépondérant du chef de l'Etat musulman est que les (ennemis) vont les tuer, il ne lui est pas licite de les leur livrer, dans ce cas non plus;-

comm. Car le consentement de quelqu'un à déclarer licite son propre supplice n'est pas pris en considération. Il en est de même s'il y a risque de meurtre;-

suite: A supposer que nous ne sachions pas ce que les (ennemis) vont faire de ces (otages islamisés), alors pas de grief à ce qu'on les leur remette.

comm. Car les livrer (à leurs compatriotes) avec leur propre consentement n'est pas, de notre part, une prévarication à leur égard. Cette simple livraison n'est pas la cause de leur meurtre. Les apparences veulent que ces (otages) n'y consentent que quand ils se sentent en sécurité. Une autre raison en est que nous avions promis à ces autres Musulmans (remis en otages aux ennemis) que nous les ferions libérer par la restitution des otages ennemis; ainsi le côté de cette promesse l'emporte sur cet autre (côté des convertis).

• 3505. Si les otages des mécréants disent: "Si vous consentez à cela, nous
1676 mettrons vos otages à mort", ou: "...les réduirons en esclavage à notre profit", * alors le chef de l'Etat musulman n'acceptera pas la demande (de la naturalisation) de leurs otages, mais il les restituera aux (autorités) ennemies et reprendra les (otages) musulmans, au contraire du cas où les (otages ennemis) embrassent l'Islam. La raison en est que la conversion à l'Islam s'accomplit par eux unilatéralement, tandis que leur naturalisation comme Dhimmîs ne s'accomplit qũe par le consentement des (autorités) musulmanes. Donc si dans leur (naturalisation) il y a un risque de destruction pour certains Musulmans, que ce soit **de facto** ou **de jure,** il ne faut pas que les (autorités) musulmanes y consentent.

comm. Car faire libérer les Musulmans de la main des mécréants, et honorer

la promesse faite aux (otages musulmans) est meilleur que de transformer les otages (ennemis) en sujets Dhimmîs au profit des Musulmans. Or le chef de l'Etat est pour veiller aux intérêts. Il choisira donc ce en quoi il y a du bien pour les Musulmans.

• 3506. Si le (chef musulman) sait que, s'il accepte la demande (de naturalisation) de ces (otages ennemis), les (autorités) ennemies laisseront neanmoins partir les otages qu'elles détiennent, alors il leur consentira la naturalisation et leur imposera la capitation (**kharâj**) comme ils l'ont sollicité.

comm. Car il n'y a pas de risque de destruction des Musulmans.

suite: Mais tant qu'il ne saura pas cela pour certain, il ne lui faudra pas concéder la naturalisation à ces (otages).

comm. Car il est obligatoire de se fonder sur les apparences d'une chose, tant qu'on ne sait pas le contraire pour certain. Or les apparences ici sont que les (ennemis) ne relâcheront pas les (otages) musulmans si leurs propres otages deviennent Dhimmîs (sujets des Musulmans).

• 3507. A supposer que le (chef musulman) ait consenti à l'octroi de la naturalisation, et qu'ensuite il réclame la restitution des otages musulmans, si les (ennemis) la lui refuse à moins qu'il leur restitue leurs otages, alors il ne faut pas que le chef musulman) viole la protection donnée et rompt le statut de Dhimmîs, qu'il a octroyé aux otages, en les remettant (aux ennemis) sans leur consentement.

comm. Car lorsque ces (otages) sont devenus nos Dhimmîs, il s'est établi pour leurs personnes le même respect qui est dû à celles des Musulmans. Donc cette (naturalisation) est comme s'ils avaient embrassé l'Islam.

• 3508. Si les otages (devenus Dhimmîs) consentent de bon gré à ce qu'on les rende aux (autorités ennemies), pas de grief à ce qu'on le fasse, sauf quand l'avis prépondérant du chef de l'Etat musulman est que les (ennemis) vont les tuer, auquel cas il ne les leur remettra pas, et cela selon l'analogie du cas où les (otages) avaient embrassé l'Islam.

comm. Car ce serait comme si on payait la rançon au moyen de sujets Dhimmîs.

suite: Et nous avons mentionné que cela est permis si les Dhimmîs y consentent; mais sans leur consentement ce ne sera pas permis.

comm. Ne vois-tu pas ceci? Si leurs otages meurent (de mort naturelle en nos mains), puis que les (ennemis) disent: "nous ne vous rendrons vos otages que si vous nous donnez tels et tels individus d'entre les Dhimmîs, ceci sera permis si ces Dhimmîs consentent à ce qu'on les leur livre; et il ne sera pas permis de les leur livrer si ces (Dhimmîs) n'y consentent pas.

Il en sera de même s'il y a des femmes dans les Dhimmîs que réclament les (ennemis). Car en matière de respect, la situation des femmes des (Dhimmîs) est comme celle de leurs hommes, à cause du contrat de naturalisation. Le consentement des femmes a le même effet que le consentement des hommes.

• 3509. S'il ya a des enfants mineurs dans les Dhimmîs que réclament les (ennemis), et qu'eux-mêmes y consentent, ainsi que leurs pères et mères, il ne faut néanmoins pas que le chef de l'Etat musulman les leur livre.

1677 **comm.** * Car ce serait une prévarication dont il prévariquerait envers ces enfants. Le consentement d'un (enfant) n'est pas pris en considération dans de telles questions; et le consentement des pères et mères n'est pas non plus pris en considération s'ils fait tort à l'enfant. Donc l'existence de ce (consentement) est comme son inexistence. Vois-tu? Si les ennemis en guerre réduisent cet (enfant) en esclavage, est-ce que le chef de l'Etat musulman n'aura pas aidé, sans droit, à la réduction en esclavage d'un homme libre? Or une telle chose n'est pas permise.

• 3510. S'il y a, parmi les otages qui ont embrassé l'Islam, des femmes et des enfants, et que ces femmes et ces enfants consentent de bon gré à ce qu'on les remette aux (ennemis), le chef de l'Etat musulman n'a quand même pas la faculté de les leur remettre;-

Quant aux enfants, c'est pour la raison que nous venons d'évoquer à propos des Dhimmîs; (à plus forte raison donc pour les enfants islamisés). Et quant aux femmes, c'est parce qu'il y a risque de les exposer à des rapports sexuels illicites, chose que ne leur est point permise. Donc il n'y a pas de raison pour qu'on remette une femme musulmane à des mécréants qui se permettront d'avoir des rapports sexuels avec elle, alors qu'elle ne leur est en aucun cas licite pour cela. Un tel (danger) n'existe pas quand elle est une Dhimmîya.

Ne vois-tu pas que si un touriste ennemi venu sous sauf conduit épouse une Dhimmîya sur notre territoire, le mariage est valide, et il lui est licite d'avoir des rapports conjugaux avec elle? Au contraire, s'il veut épouser une Musulmane, il n'en aura pas la faculté, et il ne lui sera licite en aucun cas d'avoir des rapports sexuels avec elle;-

Mais s'il s'agit d'une vieille femme, qui n'a plus désin (de mariage) et dont on ne craint pas l'apostasie, alors, dans ce cas j'espère qu'il n'y a pas à faire grief de la rendre aux (ennemis)- pourvu quelle y consente de bon gré-en vue de reprendre les otages musulmans. Et cela au même titre que les hommes, mais à la condition qu'il y ait avec elle un proche parent masculin, à un degré prohibé pour le mariage (comme un fils, un frére etc.), et de religion musulmane.

Car il est interdit à une femme (musulmane) de voyager en territoire ennemi sans être accompagnée d'un proche parent d'un degré prohibé pour le mariage, même si elle est vieille. Mais en compagnie d'un proche parent d'un degré prohibé, pas de grief à ce qu'elle le fasse, si elle en a besoin. Il en sera donc de même ici.

1678 • 3511. * A supposer que les Musulmans n'aient pas suffisemment de puissance contre les mécréants, et que ceux-ci nous demandent de leur donner des otages pour une trêve, si les otages (choisis)disent: "Nous n'y consentons pas, car nous n'avons pas d'immunité de leur part il n'y a pas de grief à ce que le chef de l'Etat musulman les y contraigne, en vue de l'intérêt général des Musulmans.

comm. Car le danger en provenance des (ennemis) pour les Musulmans visés est manifeste, tandis que le (danger) pour ces otages, au cas où ils seraient remis aux (ennemis) n'est pas manifeste. Il est aussi manifeste que les gens doivent remplir la trêve. Or nous avons déjà mentionné que quand le chef de l'Etat musulman est éprouvé par deux épreuves, il doit choisir la moindre et, de deux torts écarter le plus grand par le moindre.

• 3512. Si l'avis prépondérant du (chef musulman) est que si les (ennemis) prennent les otages (musulmans), ils les mettront à mort, dans ce cas il ne lui est pas licite de les leur remettre.

comm. Car s'il les (leur) remettait, il participerait à l'effusion de leur sang et aiderait à leur destruction. Au contraire si le (chef musulman) ne leur remet pas (aux ennemis), puis que ces mécréants remportent la victoire sur les Musulmans, le chef musulman n'aura pas participé à ce que ces (ennemis) feront des Musulmans. Dans de tels cas, l'avis prépondérant tient lieu de certitude.

Ne vois-tu pas ceci? Si le chef de l'Etat musulman a besoin de leur envoyer un ambassadeur, pour quelque affaire des Musulmans, où il y a de l'intérêt général, puis que les Musulmans (choisis comme ambassadeurs) refusent d'aller chez eux en ambassade, alors le chef de l'Etat musulman a la faculté d'y contraindre quelqu'un; sauf quand son avis prépondérant est que s'il le leur envoie comme ambassadeur, ils le tueront, auquel cas il ne faut pas que le (chef musulman) envoie qui ce soit des Musulmans, ni non plus qu'il contraigne cet (ambassadeur désigné) à cette (mission). Il en est donc de même quant aux otages.

• 3513. Si la trêve a été conclue pour une période de trois ans, puis que les
Musulmans reprennent des forces et veuillent leur dénoncer formellement (la trêve
avant terme), si les mécréants disent: * "Nous ne renonçons pas à la trêve, et nous ne 1679
vous rendons pas non plus vos otages", alors il faut que les Musulmans n'annulent
pas la trêve; non pas parce que les mécréants le refusent, mais par égard pour la
situation des otages qui sont en la main des mécréants.

comm. Car si les (Musulmans le faisaient, ce serait un manquement[1] à la promesse envers les otages (musulmans) et une abstention de remplir la promesse qui leur a été faite (de les libérer). Cela n'est pas permis. Donc il faut remplir ce qu'on a consenti aux (ennemis) afin de libérer de leurs mains les otages (musulmans).

• 3514. Il en sera de même si la trêve est perpétuelle (**mu'abbada**); il ne faut pas que les (Musulmans) annulent la trêve, même s'ils sont de force à combattre ces (ennemis), tant qu'ils n'auront pas libéré les otages (musulmans) ou que ces otages ne seront pas morts, ou encore que les (ennemis) n'auront pas consenti à la (répudiation avant terme de la trêve perpétuelle). Alors seulement, pas de grief à ce qu'on les combatte.

(1) Coquille dans l'éd. où: أحبارا au lieu de: اخفارا comme dans le MS de jarullah (Carullah), Istanbul.

comm. Car ce qui emêche de la dénoncer, c'est qu'on prend en considération le droit de ces otages (musulmans); et quand a lieu une de ces possibilités (de la rupture), l'empêchement s'en va.

• 3515. Si la durée de la trêve touche à sa fin et que les mécréants (ennemis) disent: "Si vous nous combattez, nous mettrons à mort vos otages", pas de grief à ce que néanmoins on les combatte.

comm. Car il n'y a pas violation de l'entente passée entre les (Musulmans) et ceux qui détiennent les otages, puisque, du fait que la durée du contrat est écoulée, l'(entente) a pris fin. Nous n'avons donc pas l'obligation de nous abstenir de les combattre par crainte pour les otages, pas plus que dans le cas où les (ennemis) prennent des enfants musulmans pour boucliers: pas de grief à ce * que néanmoins on les combatte. De même si les prisonniers musulmans se trouvent en la main des (ennemis) et que ceux-ci disent: "Si vous nous combattez, nous mettrons les prisonniers à mort", pas de grief à ce que malgré cela on les combatte. Il en est de même encore, si une délégation a été envoyée chez eux pour quelque besoin-et peu importe que ce soit du gré des ambassadeurs ou de force, -et si les (ennemis) les incarcèrent, pour dire ensuite aux Musulmans: "Si vous nous combattez, nous mettrons à mort vos ambassadeurs", Il en est ainsi parcequ'en rien de tout cela il n'y a violation de la promesse faite à quelques Musulmans par le chef de l'Etat musulman; au contraire il y a là une prévarication perpétrée par les mécréants à
1680 l'égard de ces (Musulmans). La simple crainte * de cela ne doit pas empêcher les Musulmans de les combattre.

• 3516. (Chaibânî) poursuit: Si quelqus villes de mécréants demandent qu'on leur octroie le statut de Dhimmîs, et si le(ur) roi, qui jouit de la trêve (de la part des Musulmans), dit: "Si vous faites cela, nous allons mettre vos ambassadeurs à mort ou les réduire en esclavage; et si vous vous en abstenez, nous vous rendrons vos otages", alors c'est au chef de l'Etat musulman et aux Musulmans de voir, en cette affaire: Si l'on trouve que c'est mieux pour les Musulmans de s'abstenir d'octroyer ce statut de Dhimmîs jusqu'à ce qu'on ait récupéré les otages, on s'abstiendra; et si le mieux parait être d'accepter la demande du statut de Dhimmîs de la part de ceux qui en font la demande, le chef de l'Etat musulman le fera;-

comm. Car il est pour veiller aux intérêts des Musulmans. Il choisira donc le parti où l'utilité paraîtra plus apparente. Il en est ainsi parce que l'octroi du statut de Dhimmîs à ces (villes ennemies) n'est pas une violation du droit de ces otages (musulmans), étant donné qu'il ne s'agit pas là de l'affaire pour laquelle on a livré des otages, même si alors on savait qu'une telle (demande de rattachement par des villes ennemies au territoire islamique) pourrait avoir lieu. Cela au contraire du cas précédent, où la dénonciation était faite avant terme;-

suite: Mais il est préférable que le (chef musulman) choisisse le parti où il y a libération des Musulmans de la main des mécréants.

comm. Ne vois-tu pas ceci? Si une de leurs villes sollicite l'octroi du statut de Dhimmîs et que le roi des ennemis dise: "Si vous le leur refusez, je relâcherai vos

prisonniers; mais si vous acceptez, je mettrai à mort vos prisonniers", alors le (chef musulman) choisira ce qui sera le plus utile aux Musulmans. Ainsi, si la libération des prisonniers (musulmans) paraît être meilleure et plus utile, il le fera, et c'est là le meilleur des deux partis; et si l'octroi du statut de Dhimmîs à cette (ville) lui paraît être meilleur-parce qu'il voit que la puissance de ceux qui ont demandé * le statut de 1681
Dhimmîs va renforcer les Musulmans- alors le chef de l'Etat musulman acceptera la demande d'octroi du statut de Dhimmîs, et ne fera pas attention aux prisonniers (musulmans). Ne vois-tu pas encore? Si le (chef musulman) assiège une grand ville et est sur le point de la conquérir, et qu'alors le roi ennemi dise: "Allez-vous-en et nous vous remettrons les prisonniers qui se trouvent en nos mains", c'est au chef de l'Etat de ragarder, dans cette affaire, et de faire ce qui sera le meilleur pour les Musulmans. De même donc en ce qui précède.

• 3517. Si la peuplade en trêve trahit et met à mort les otages musulmans, et si parmi leurs otages (en nos mains) il y a des enfants qui ne sont pas accompagnés de leurs pères et mères, (on les déclarera Dhimmîs, sujets non-musulmans de l'Etat islamique, ainsi qu'on l'a déjà mentionné, mais) on ne les déclarera pas Musulmans tant qu'ils n'auront pas atteint la puberté et n'auront pas eux-mêmes reconnu l'Islam.

comm. Car ils sont venus en la main des Musulmans et sur le territoire islamique en tant que non-Musulmans et appartenant à la religion de leurs parents (en jouissance du sauf-conduit), et cela avant que * les mécréants (ennemis) aient 1682
commis la trahison [1] contre les otages (musulmans). On ne changera pas la (religion) de ces (enfants) tant qu'ils n'auront pas eux-mêmes reconnu l'Islam. La raison en est que c'est seulement à cause de la trahison de la part de ces (ennemis) que leurs otages sont devenus nos sujets comme Dhimmîs. Or s'il y a des enfants de Dhimmîs qui n'ont pas leurs pères et mères, -par exemple si ces (parents) viennent de mourir, ou même s'ils ont rompu le pacte de naturalisation (par rebellion ou fuite en territoire ennemi), -on ne déclarera pas Musulmans ces enfants, tant que ceux-ci n'auront pas eux-mêmes reconnu l'Islam, avant ou après leur puberté. Le statut légal de ces (enfants d'entre les otages) est pareil.

• 3518. S'il y a parmi leurs otages quelques esclaves, puis que les (ennemis) trahissent et mettent à mort nos otages, alors le chef de l'Etat musulman ne leur rendra pas leurs esclaves; au contraire il les vendra et en gardera le prix dans le Trésor Public jusqu'à ce que les mécréants (ennemis) aient donné satisfaction aux Musulmans au sujet de leurs otages (musulmans assassinés).

comm. Car ces (esclaves) doivent être détenus (à perpétuité) chez nous, mais le respect du titre de propriété que les maîtres ont sur ces (esclaves) ne s'anéantit pas pour cela, eu égard au sauf-conduit (octroyé à ces esclaves en tant qu'otages). La seule voie ouvert est donc de les vendre et d'en garder le prix, comme si ces (otages) avaient embrassé l'Islam, (et non de les détenir en représailles du meurtre des otages musulmans).

---

(1) Coquille dans l'éd. où: يقدر , à lire: يغدر

1683 • 3519. * Si les mécréants (ennemis) disent aux Musulmans: "Nous avons commis du mal en mettant à mort vos otages, et nous voulons vous en dédommager moyennant le prix du sang", pas de grief à ce que le chef de l'Etat musulman accepte cela de leur part.

comm. Car il n'y a pas d'espoir de retrouver les otages. Mais dans l'impossibilité de rendre la chose elle-même, la valeur est comme la chose elle-même. Or la valeur de l'homme est le prix du sang.

• 3520. Et quand ce sera fait, le (chef musulman) remettra les prix du sang aux héritiers des victimes (de l'assassinat ennemi) et remettra aux (ennemis) le prix des esclaves (sus-mentionnés).

A supposer que les esclaves (en otage) n'aient pas encore été vendus quand les (ennemis) disent; "Rendez-nous nos esclaves et nous vous remettrons le prix du sang de vos otages", le chef de l'Etat musulman ne le fera pas.

comm. Car ces esclaves sont pour être détenus chez nous (à perpétuité). Donc si le (chef musulman) consentait à cette proposition-là, ce serait comme si on acceptait d'eux de l'argent en rançon de leurs prisonniers, chose qui n'est pas permise. Une autre raison en est que les (ennemis) ne nous rendent pas nos otages en personne; donc s'ils reprenaient leurs hommes en personnes tandis qu'ils ne nous rendraient que le prix du sang, cela infligerait un grand affront (**wahn**[1]) aux Musulmans.

• 3521. Il ne faut donc pas que le chef de l'Etat musulman donne une réponse favorable[2] à une telle proposition. Certes si les esclaves sont vendus, la restitution de leur prix aux (ennemis) n'implique pas un pareil affront.

comm. Car on obtient d'eux de l'argent à la place de (nos) otages et on leur remet de même (de l'argent) à la place de leurs otages.

Ne vois-tu pas ceci? Si le chef de l'Etat musulman est d'avis que dans l'intérêt des Musulmans il faut recevoir d'eux le prix du sang et leur rendre leurs otages, alors pas de grief à ce qu'il le fasse, eu égard à l'intérêt (qu'il y a à cela).

1684 • 3522. * Si les (autorités ennemies) disent: "Nous vous livrons les individus qui ont tué vos otages-pour que vous décidiez d'eux ce que "vous voudrez-et rendez-nous nos otages", alors le chef de l'Etat musulman décidera en prenant en considération l'intérêt des Musulmans: S'il ne voit à cela aucune utilité pour les Musulmans, il ne l'acceptera pas de leur part. -Vois-tu? Si nos otages comportaient 50 personnes et qu'ils aient eu un seul meurtrier, nous receverions d'eux un seul

---

(1) Selon les dictionnaires, le sens ordinaire de ce mot وهن est "faiblesse", mais le sens d'"affront", exigé par le contexte, est confirmé par l'emploi du verbe de la même racine, **tauhîn**, en persan. La plume de Sarakhsî le justifie ici et maintefois ailleurs; et il l'accouple même (comme à la page infra IV, 52) avec le mot **dhull** (humiliation).

(2) Coquille dans l'éd. où [illegible] au lieu de يجيبهم comme dans le MS de Carullah (Jârullâh), Istanbul.

meurtrier, alors que nous leur aurions remis 50 personnes d'entre les hommes libres! Quel affront plus grand que celui-ci!- Au contraire s'il voit de l'utilité pour les Musulmans à accepter cela de leur part, il acceptera et prendra livraison des meurtrier pour leur rendre leurs otages. Ensuite il aura le choix, au sujet des meurtriers. S'il le veut, il les mettra à mort, mais non en vertu du talion, car un ennemi en guerre ne mérite pas le talion s'il tue un Musulman sur le territoire ennemi; mais (il usera du droit de belligérance) parce qu'il s'agit de prisonniers qui sont en état de dominés en nos mains, et n'ont pas obtenu de sauf-conduit. Donc le chef de l'Etat a le choix: s'il le veut, il les mettra à mort, et s'il le veut il les réduira en esclavage, s'il choisit ce dernier parti, il remettra à l'héritier de chaque victime (musulmane) l'esclave qui a tué le parent de cet héritier.

comm. Car le (chef musulman) les a reçus en contre-partie des otages. Donc quand les (criminels ennemis) deviennent des esclaves, leur statut est comme celui du prix du sang. En outre si le crime est commis par quelqu'un qui est susceptible de devenir propriété, (comme un esclave), sans qu'il soit pour lui question de talion, alors, ce que ce crime exige, c'est que la victime du crime ait droit à la personne même du criminel.

* Ne vois-tu pas que si un esclave commet par erreur un meurtre, il faut livrer 1685
cet esclave au représentant de la personne tuée? Sauf si le maître de (cet esclave meurtrier) choisit d'en verser la rançon. Il en sera donc de même ici.

• 3523. Si les (ennemis) disent au chef de l'Etat musulman: "Si tu le veux, nous te remettrons les prix du sang de tes camarades, et si tu veux, nous te remettrons ceux qui ont assassiné vos camarades", cela est juste (équitable) de leur part;-

comm. Car ils n'ont pas plus grande latitude pour remplir les conditions de la trêve;-

• 3524. Et alors le chef de l'Etat choisira ce qui aura de l'utilité pour les Musulmans. Donc s'il reçoit les prix du sang, il les remettra aux héritiers (des victimes); et s'il choisit la livraison des assassins, la décision lui appartient entièrement de les punir de mort, comme nous l'avons déjà mentionné, au point que même si les héritiers des (Musulmans assassinées) pardonnent aux (assassins), cela n'empêchera pas le (chef de l'Etat musulman) de les mettre quand même à mort.(1) La raison en est celle que nous avons déjà évoquée, à savoir que le (chef musulman) ne les met pas à mort en vertu du talion, mais parce que ce sont des belligérants; et l'on sait que le pardon (=la rémission accordée par les héritiers des victimes) n'affecte pas la mise à mort des belligérants (ennemis).

comm. Car un pardon fait tomber le droit particulier du pardonneur, rien d'autre.

---

(1) Selon la loi islamique, le talion contre un meurtrier n'est pas le droit de la communauté entière mais celui du successeur de la victime, et c'est à ce dernier de pardonner ou d'exiger la peine de mort etc.

• 3525. A supposer que ceux qui ont assassiné les otages musulmans soient des gens autres que les ressortissants de ce territoire (en trêve), il faut distinguer: Si ces (autres étrangers) sont venus sous sauf-conduit chez les gens de ce (territoire en trêve avec nous), alors ce cas et le cas précédent sont pareils;-

comm. Car celui qui est chez eux sous sauf-conduit est comme celui qui est sous leur main (sous leur autorité); il fait partie de ceux sur lesquels s'exerçe la juridiction de leur roi. Donc le statut de ces (étrangers) sera comme celui des ressortissants de leur propre pays.

1686 * Ne vois-tu pas que si ce (tiers étranger) venait chez nous à partir de ce territoire (en trêve), il n'aurait pas besoin d'un nouveau sauf-conduit, il serait considéré comme faisant partie des ressortissants de ce territoire même?-

• 3526. Mais si ces (tiers étrangers) sont entrés sur le territoire des gens (en trêve avec nous), pour y faire incursion (de razzia) et sans demander de sauf-conduit, et si ce sont eux qui ont mis à mort les otages (musulmans, il faut distinguer): Si les ressortissants du territoire en trêve les capturent et les remettent aux Musulmans, rien d'autre ne leur incombe, et ils pourront reprendre leurs otages.

comm. Car ils n'ont pas plus grande latitude pour remplir les conditions de la trêve.

suite: Si au contraire les (assassins des otages musulmans) meurent, ou sont tués dans une guerre ces gens (en trêve avec nous), ou même si le roi des gens en trêve les capture et les met à mort pour (les punir de) ce qu'ils ont fait des otages (musulmans), alors il incombera aux Musulmans de leur rendre leurs otages.

comm. Car les assassins (des Musulmans) ne font pas partie des ressortissants du territoire en trêve. Il n'est donc pas permis de saisir, pour le délit d'autrui, les gens du territoire en trêve, on fera avec eux comme si nos otages étaient morts d'une mort naturelle sur ce territoire-là. Il nous incombe donc de leur restituer leurs otages.

• 3527. Mais à supposer que ceux qui ont tué les (otages musulmans) soient des ressortissants de ce même territoire (en trêve avec nous), si, après qu'ils ont assassiné les otages (musulmans), leur roi les punit de mort -ou même s'ils meurent d'une mort naturelle après que leur roi les a arrêtés et avant qu'il les ait punis de mort-alors le chef de l'Etat musulman a la faculté de ne pas leur restituer leurs otages jusqu'à ce que ces (autorités du territoire en trêve) aient remis aux (musulmans)[1] les prix du sang des otages musulmans.

comm. Car le délit provient de ce (peuple en trêve). Et les apparences veulent que ces (assassins) n'ont pu le commettre que par la puissance (abritante) de leur roi. Donc cet agissement, de leur part, est comme l'agissement de leur roi lui-même.

• 3528. Supposons que ce soit le (roi) lui-même qui a mis à mort les otages

(1) A lire à notre avis: ليعطونا l'éd. porte: ليعفوهم

musulmans, puis que les gens de son royaume l'en désapprouvent et le tuent- ou même qu'il meurt de mort naturelle- les Musulmans auront la faculté de ne pas leur restituer leurs otages jusqu'à ce qu'ils aient remis les prix du sang de nos otages. * 1687
Ce sera de même que dans le cas précédent. Et à supposer qu'ils arrêtent le(ur) roi et disent aux Musulmans: "nous vous le remettons au lieu de ceux de vos otages qui ont été tués, et restituez-nous nos otages", le chef de l'Etat y regardera: S'il voit qu'il y a de l'utilité, pour les Musulmans, à refuser cela et à exiger de recevoir les prix du sang des otages, il le fera; et s'il voit que l'intérêt est de recevoir livraison de ce roi pour le tuer -ou même pour le déclarer esclave des héritiers des otages (tués), -il le fera.

A supposer que ce roi, après avoir mis à mort les otages (musulmans), dise lui-même au chef de l'Etat musulman: "Je vais te verser les prix du sang de tes camarades pour que tu me rendes mes otages", alors il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman fasse cela, c'est un affront aux Musulmans, et il ne prendra pas en considération le consentement des héritiers des otages (assassinés) même si ceux-ci consentent aux (prix du sang).

comm. Car il est beaucoup plus impératif de prendre en considération le parti de repousser l'affront et l'humiliation infligés aux Musulmans. Cela ne fait point partie du droit de ces (héritiers), pour qu'on puisse prendre en considération leur consentement. Exception faite du cas où le chef de l'Etat musulman y verrait l'intérêt des Musulmans, auquel cas pas de grief à ce qu'il fasse cela pour augmenter l'utilité pour les (Musulmans).

• 3529. Si les mécréants (ennemis) comettent la perfidie de mettre à mort les otages musulmans, puis que les Musulmans aussi mettent à mort leurs otages en se fondant sur les apparences ce ce qui était stipulé, ce sera une erreur de la part des (Musulmans).

comm. Car ces (otages ennemis) jouissaient du sauf-conduit chez nous. Donc à celui des (Musulmans) qui les a tués de dédommager du prix de leur sang, comme c'est la loi pour le Musulman qui tue un touriste venu sous sauf-conduit.

Si l'on disait: "Mais ces (otages ennemis) sont devenus des Dhimmîs, dès lors qu'on les détient sur notre territoire. Il faut donc que le talion s'impose contre celui qui les a tués, étant donné que selon notre école (hanafite), on punit de mort un Musulman pour (le meurtre même) d'un Dhimmî".

* Nous dirions: Tant que le chef de l'Etat musulman ne leur impose pas la 1688
capitation (**kharâj**), ils ne deviennent pas des Dhimmîs. Cela au point que si les mécréants avaient donné satisfaction de quelque manière aux Musulmans, ceux-ci leur auraient restitué leurs otages. Ces (otages) sont certes devenus semblables aux Dhimmîs, mais un certain doute plane sur ce meurtre (des otages ennemis), à savoir qu'on s'est fondé sur les apparences de la stipulation, puisqu'il s'agissait d'une chose stipulée par un contrat valide. Ce (doute) suffit à faire tomber l'obligation du talion (et qu'on se contente du prix du sang que le meurtrier musulman versera aux ennemis).

• 3530. Mais ensuite ces prix du sang seront gardés dans le Trésor Public Musulman, de sorte que si les mécréants (ennemis en trêve) versent les prix du sang des otages musulmans (assassinés), le chef de l'Etat musulman les acceptera et les remettra aux héritiers des victimes (musulmanes), et il remettra à ces (ennemis) les prix du sang de leur otages.

comm. Car, des deux côtés, le statut légal du substitut est comme celui de la chose originelle: s'ils nous rendent nos otages, nous leur rendons leurs otages; de même donc s'ils remettent les prix du sang de nos otages, nous leur rendons la pareille.

suite: Et dans ce cas, il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman le leur refuse.

comm. Car, des deux côtes, il s'agit maintenant de l'argent, au contraire du cas d'avant la mise à mort (par nous) de leurs otages, étant donné que dans ce dernier cas le chef de l'Etat musulman avait la faculté de choisir s'il fallait (ou non) se contenter de recevoir les prix du sang, vu qu'il y avait là une forme de l'affront parce que les (ennemis)avaient tué des gens éminents et nobles d'entre nous et qu'ensuite ils reprenaient aussi leurs otages, ne nous donnant que les prix du sang.

• 3531. Si ces (ennemis) disent: "Nous vous donnons les prix du sang (de vos otages assassinés) et nous vous donnons en outre, à la place de chaque Musulman que nous avons assassiné, un prisonnier musulman se trouvant en nos mains, à condition que vous nous rendiez nos otages", il faut que le chef de l'Etat musulman accepte cette proposition de leur part.

comm. Car ils remettent la contre-valeur des personnes assassinées et ils remettent également les pareils de ceux qu'ils ont tués, sous la forme des prisonniers musulmans. En effet, ils n'ont pas latitude de rien faire de plus. Par conséquent, on libérera les prisonniers (musulmans récupérés, sans leur rien demander comme rançon), et on remettra les prix du sang aux béritiers des (Musulmans) assassinés.

1689 • 3532. * Si les (ennemis) disent: "Nous n'avons pas de prisonniers (musulmans à vous librer), mais à la place de chacun de vos otages tués nous vous remettons le double ou le triple du prix du sang normal, à condition que vous nous rendiez nos otages", alors le chef de l'Etat musulman se fera une opinion sur cette proposition et agira à sa guise, et il sera égal que les héritiers des otages (musulmans) y consentent ou non.

comm. Car si grand soit le prix, il ne peut pas être égal à la personne des Musulmans. Il se peut qu'une telle (acceptation du prix du sang, même doublé) soit en un sens un affront infligé aux Musulmans. Le chef musulman a donc la faculté de ne pas accepter cette (offre).

• 3533. Toutefois s'il la trouve bonne et s'il l'accepte, il remettra les prix du sang en leur totalité aux hérities des (Musulmans) assassinés.

comm. Car la contre-valeur de la personne des (victimes) est à l'instar du prix

qu'on fixe dans une composition (**sulh**) pour renoncer au talion. Donc ce (prix), grand ou petit, sera laissé en entier aux héritiers.

• 3534. A supposer que ces (ennemis) disent: "Nous ne vous remettons pas le prix du sang, mais à la place de chaque Musulman que nous avons tué nous vous remettons un, deux, ou trois prisonniers (musulmans)", et que les représentants des otages assassinés refusent de l'accepter, le chef de l'Etat musulman ne prendra pas en considération leur refus mais regardera ce qui est bon pour les Musulmans. Donc s'il est d'avis que l'intérêt est d'accepter cette (offre), il prendra livraison des prisonniers (musulmans) et les libérera, et il remettra aussi aux (ennemis) leurs otages, puis il versera aux héritiers des otages assassinés une compensation, selon le prix du sang, aux dépens du Trésor Public musulman.

comm. Car il incombait au (chef musulman) de payer la rançon des prisonniers (musulmans ainsi récupérés) aux dépens du Trésor Public. Donc s'il parvient à faire libérer des prisonniers musulmans, * il lui incombe, par égard pour 1690
le sang des (otages) assassinés, d'en remettre à leurs héritiers une compensation, à savoir: les prix du sang de ces assassinés. Ce sera comme s'il payait la rançon de prisonniers (musulmans) au moyen d'esclaves ennemis, après qu'il a partagés ces (esclaves) entre les conquérants, en remettant ces (esclaves à l'ennemi) sans le consentement de leurs maîtres (musulmans), cela parce qu'il compense la valeur de ces (esclaves) à leurs maîtres aux dépens du Trésor Public musulman.

• 3535. Mais à supposer que les héritiers des otages (assassinés) acceptent de bon gré cette (offre ennemie), et demandent au chef de l'Etat musulman d'accepter des (ennemis) les prisonniers musulmans à la place des otages assassinés, et que le reste des cirocnances soit le même, si par la suite les héritiers des otages réclament les prix du sang de leurs otages (=leurs parents assassinés), le (chef musulman) ne leur donnera rien.

comm. Car ils ont volontairement fait don de leur droit aux Musulmans (à l'Etat). Ce sera comme s'ils avaient fait don (1) de leurs biens pour payer la rançon des prisonniers (récupérés en échange des otages assassinés); ils ne méritent donc de récupérer quoi que ce soit de personne.

• 3536. Et si le chef de l'Etat musulman ne consulte pas ces (héritiers des otages assassinés), s'il accepte ce qu'ont offert les mécréants (ennemis) et rend à ceux -ci leurs otages, alors il lui faudra compenser cela aux héritiers des otages assassinés, en leur versant les prix du sang aux dépens du Trésor Public musulman.

comm. Car leur droit ne tombe que quand ils y consentent et quand ils font volontairement don de leur droit aux Musulmans. Or ce sens n'a pas lieu quand ils n'ont pas été mis au courant de l'affaire.

• 3537. Si les mécréants (ennemis) ne donnent rien aux Musulmans après l'assassinat des otages (musulmans), il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman

(1) Coquille dans l'éd., où: تبرأوا au lieu de تبرعوا comme dans le MS de Carullah (Jârullâh), Istanbul

torture leurs otages ni par des coups ni par l'incarcération, de même qu'il ne doit pas
1691 les mettre à mort, * étant donné qu'ils sont venus chez nous sous sauf-conduit, -et il faut qu'il les laisse en liberté quelque part sur notre territoire, de sorte qu'ils ne puissent pas regagner leur pays;-

comm. Car ils ont été détenus sur notre territoire, quand nos otages ont été détenus chez eux (par l'assassinat);-

• 3538. Ensuite si ces (détenus) embrassent l'Islam, ils seront hommes libres. Et s'ils refusent (d'embrasser l'Islam) le chef de l'Etat musulman les déclarera Dhimmîs, pour la raison que nous avons déjà mentionnée. Toutefois il faut que le (chef musulman) donne un délai d'un an aux ennemis en guerre à propos de ces (otages); s'ils nous donnent satisfaction.. sinon nous déclarerons Dhimmîs ces (otages), et nous leur imposerons la capitation (**kharâj**). Et après un an révolu, nous prélèverons sur eux la capitation.

comm. Car, que les mécréants donnent satisfaction aux Musulmans, d'une des façons que nous avons mentionnées est une chose hypothétique et cependant, s'ils donnaient satisfaction, il faudrait leur rendre leurs otages. Voilà pourquoi le chef de l'Etat musulman agira avec lenteur. Or un an est un bon délai pour savoir si l'on s'excuse (**litt.** pour éprouver l'excuse), comme c'est aussi le délai accordé à un mari impuissant [1] (pour se faire soigner, avant que le tribunal prononce le divorce d'avec sa femme), etc. C'est comme pour un touriste ennemi venu sous sauf-conduit: s'il prolonge son séjour sur notre territoire, le chef de l'Etat musulman le prévient et lui dit: "Si tu séjournes pour un an à partir de ce jour-ci, je te déclarerai Dhimmî", puis s'il part avant un an écoulé, on le laisse partir, mais si un an s'est écoulé avant qu'il parte, on perçoit de lui la capitation (**kharâj**), après quoi on ne le laisse plus rentrer (en territoire ennemi). Il en sera donc de même au sujet des otages.

• 3539. Si après le délai d'un an écoulé les (ennemis) disent: "nous voulons vous donner satisfaction en vous livrant des prisonniers (musulmans) et aussi en vous remettant le prix du sang (des otages assassinés), rendez-nous donc nos otages", le chef de l'Etat musulman ne (leur) rendra pas ces (otages déclarés Dhimmîs) contre paiement des prix du sang, après que ces gens sont devenus sujets non-musulmans de l'Etat islamique. Quant au cas où les (ennemis) offriraient des prisonniers (musulmans), ce sera de même si ces otages (devenus Dhimmîs) désapprouvent qu'on les rende (à nos ennemis). Certes s'ils l'agréent de plein gré, on les rendra, en raisonnant sur l'analogie de ce que nous avons mentionné (cf IV, 45, etc.) à propos du paiement de la rançon des prisonniers musulmans moyennant livraison de quelques Dhimmîs.

comm. Car ces (otages ennemis) sont devenus des Dhimmîs.

1692 • 3540. * Cela à l'instar du cas où le chef de l'Etat musulman parvient à capturer quelques mécréants (ennemis) et les partages en butin: si ensuite les maîtres

(1) A lire العنين comme dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: العتق

émancipent ces (esclaves) qui deviennent ainsi des sujets de l'Etat musulman et paient la capitation (**kharâj**), et que par la suite les mécréants (ennemis) demandent la rançon des prisonniers musulmans sous la forme de ces (ennemis devenus Dhimmîs), alors le chef del'Etat musulman n'y consentira pas sans le bon gré de ces (ennemis) émancipés. Certes si ceux-ci y consentent de plein gré, on le fera. Il en sera donc de même dans le cas précédent. A supposer que les (ennemis) disent: "Nous vous payons le prix du sang, et nous vous livrons celui qui a assassiné les otages (musulmans), alors il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman leur rende leurs otages après les avoir déclarés Dhimmîs.

comm. Car (s'il y consentait), ce serait comme s'il acceptait la rançon des (prisonniers ennemis devenus) Dhimmîs, cependant qu'ils appartiennent à la même peuplade que ces ennemis en guerre; et cela n'est pas permis. Ce qui est permis c'est de faire rentrer un Dhimmî dans le territoire ennemi-au risque qu'il devienne un combattant contre les Musulmans- seulement quand il y a libération des Musulmans de la captivité des mécréants.

• 3541. Si les Musulmans livrent des Musulmans en otages aux mécréants, et que les mécréants leur donnent en otages (=en gage) des pierreries ou des tissus, puis qu'ils commettent la perfidie d'assassiner les otages (musulmans), alors le chef de l'Etat musulman gardera leurs otages (c.-à-d. leurs gages) dans le Trésor Public et n'en donnera rien aux héritiers des otages assassinés.

comm. Car le droit de ces (héritiers) se limite à la contre-valeur des personnes assassinées. or ce (gage) n'est point la contre-valeur de ces (otages assassinés); il s'agit seulement de biens d'ennemis en guerre (confiés à nous en gage et) sur lesquels le chef de l'Etat musulman exerce juridiction, sur notre territoire; il le gardera donc dans le Trésor Public musulman. (1)

• 3542. Et si le (chef musulman) craint pour ces objets du (gage) quelque détérioration, * il les vendra et en gardera le prix dans le Trésor Public. Par la suite 1693
si les ennemis disent aux Musulmans: "Nous vous versons les prix du sang, rendez-nous donc notre gage (**litt.** nos otages), c'est au chef de l'Etat musulman de voir: Si les prix du sang valent le gage ou plus, alors pas de grief à ce qu'il les reçoivent d'eux;-

comm. Car ces deux choses (les objets de gages et les prix du sang) sont des biens, pour lesquels on prend en considération qu'ils soient semblables du point de vue de la valeur, afin que le sens de l'affront n'existe plus sur ces biens; et après cela ces prix du sang seront remis aux hérittiers des otages (assassinés);-

suite: Mais si les prix du sang ont une valeur moindre que le gage, le chef de l'Etat musulman le refusera de la façon la plus ferme.

---

(1) Il veut probablement dire qu'on n'a pas reçu ces pierreries à l'origine en tant que prix du sang, mais en tant que gage de l'observance des conditions du traité. Si les ennemis avaient livré ces objets après l'assassinat, ce serait le prix du sang.

comm. Car il y a affront[1] en deux façons: d'abord les (ennemis) ont assassinés (nos) otages, et ensuite ils veulent recevoir plus d'argent qu'ils n'en donnent.

• 3543. Si les (ennemis) disent: "On a assassiné (vos) otages sans notre consentement; nous vous donnons les assassins ainsi que les prix du sang des assassins, rendez-nous donc nos otages", ou s'ils disent: "...fais le choix: si tu veux, nous te remettons les assassins et, si tu veux, les prix du sang", et que nous sachions qu'ils ont dit la vérité quand ils ont dit qu'on les avaient assassinés sans le consentement de leur collectivité (=de leurs autorités), alors le chef de l'Etat musulman ne doit pas leur refuser cela.

comm. Car ces gens-là n'ont pas plus grande latitude (possibilité) que ce qu'ils offrent au (chef musulman). Toutefois celui-ci choisira ce qui sera le plus avantageux pour les Musulmans, le recevra, et leur rendra leurs otages.

• 3544. Mais si les otages (musulmans) ont été assassinés avec le consentement de leur collectivité (=de leurs autorités), alors le chef de l'Etat musulman n'acceptera pas d'eux cette offre-là. Vu que si la collectivité consent à une chose, c'est comme si elle s'en occupait personnelement. Et en effet l'acceptation d'une telle (offre) aurait le sens d'un affront (fait aux Musulmans). Et s'ils ont assassiné les otages musulmans pour, ensuite, embrasser l'Islam-où devenir Dhimmîs- il ne leur en incombera plus de dédommagement.

comm. Car ils ont fait cet (assassinat) alors qu'ils étaient encore belligérants. C'est donc comme s'ils avaient tué des Musulmans pendant les combats pour, ensuite, embrasser l'Islam-ou devenir Dhimmîs-; et en outre on leur rendra leurs gages (**litt.** otages), car il s'agit là de leurs biens jouissant d'immunité (en tant que gages) en nos mains.

• 3545. Donc s'ils embrassent l'Islam, il est obligatoire de leur rendre leurs (gages), en application de cette parole du Prophète: "Quiconque embrasse l'Islam étant en possession de quelques biens, ces biens seront siens". Leur situation sera maintenant comme celle des rebelles musulmans (**litt. Khârijites**): quand les Loyalistes les combattent et que chaque groupe a capturé en butin des biens de l'autre, si ensuite les rebelles (Khârijites) consument les biens arrachés aux Loyalistes, alors il ne faut pas que les Loyalistes consument quoi que ce soit des biens des rebelles; au contraire ils les garderont jusqu'à ce que les rebelles se soient repentis. Donc quand ceux-ci se seront repentis, on leur rendra leurs biens (qu'on a capturés pendant la guerre), sans les obliger à dédommager des biens (des loyalistes) que les (rebelles) ont détruits (ou: consumés). A supposer que les habitants du territoire (ennemi) n'embrassent pas l'Islam après avoir mis à mort les otages musulmans, mais que les Musulmans remportent la victoire sur les habitants de ce territoire-là, tuant (tous) ces gens-là ou les capturant pour les réduire en

---

(1) A lire الوهن comme dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: الرهن

esclavage, alors les gages sous forme de biens qu'ils avaient remis aux Musulmans feront partie du butin pour les Musulmans que ont conquis ce territoire-là.

comm. Car quand on les domine par la conquête, le respect que est dû au titre des propriétaires tombe. Ces biens à eux sont comme ceux qu'on trouvera en leurs mains (lers de la conquête), et feront donc partie du butin pour les conquérants.

• 3546. Si un Musulman détruit les gages fournis par eux, alors le chef de l'Etat musulman l'obligera à dédommager moyennant quelque chose de semblable, car il subsiste, * pour ces biens qui sont en la main du chef musulman, un dorit 1694
d'immunité. Après cela, ce qu'on recevra en remplacement aura, en la main du chef musulman, le même statut que l'original (détruit). Mais ces (gages de l'ennemis), en ce cas, ne ressembleront point aux biens que les Musulmans (loyalistes) arrachent aux rebelles (**Khawârij**).

Car si un Loyaliste détruit ces biens (arrachés aux rebelles) il n'en dédommage pas, pour la raison qu'on n'a pas donné de garantie de protection aux rebelles concernant ces biens (comme nous en avons donné à l'ennemi concernant ses gages). Or le dédommagement incombe eu égard à la protection octroyée; et la restitution de la chose elle-même, eu égard au fait que le titre de propriété subsiste en cette chose en faveur de son propriétaire. Voilà pourquoi nous avons dit qu'il faudra restituer les biens tant qu'ils existeront, (aux rebelles), mais qu'on ne sera pas responsable d'en dédommager le propriétaire si ces biens ont été détruits délibérément, au contraire du cas où les ennemis en guerre nous confient quelque chose à titre de gage, car là le statut de protection s'appliquera à ces biens, et ainsi sera tenu de dédommager de leur valeur celui qui les aura détruits délibérément, et il faudra aussi rendre aux ennemis ces gages s'ils embrassent l'Islam.

• 3547. Si les deux parties d'une trêve prennent des otages, et qu'on stipule que si une partie trahit, alors le sang des otages livrés par elle sera licite à verser pour l'autre partie, et si par la suite les mécréants (ennemis) amputent les mains de nos otages, ou leur crèvent les yeux, puis disent aux Musulmans: "Prenez livraison de vos otages qui sont toujours vivants, et donnez-nous les nôtres", alors c'est au chef de l'Etat musulman de voir: Si l'intérêt des Musulmans paraît être de prendre livraison de ces (mutilés), sans qu'il y ait implication d'affront aux Musulmans, et si les otages (musulmans mutilés) innocentent les (ennemis) de ce que ceux-ci leur ont fait, et qu'ils demandent qu'on les reprenne aux (ennemis), alors il incombe au chef de l'Etat musulman de les reprendre. Au contraire s'il y a implication d'affront aux Musulmans, il ne les reprendra pas.

comm. * Car on l'a nommé pour veiller aux intérêts (des Musulmans); or il a 1695
livré aux (ennemis) des gens sains et saufs; il ne faut donc pas leur reprendre des gens aveuglés ou aux mains coupées, pour leur rendre leurs otages sains et saufs, (et nous ne pouvons pas punir les otages ennemis pour l'acte de leur gouvernement).

• 3548. Si les otages (Musulmans) disent: "Mais ce droit est notre droit, et nous agréons cette (proposition ennemies); reprenez-nous donc à eux, car nous

n'avons pas l'immunité pour nos personnes", le chef de l'Etat musulman ne prendra pas en considération leur parole.

comm. Car dans la proposition (de l'ennemi) il y a implication d'affront à notre religion, de tromperie de la part des mécréants à l'égard des Musulmans, et de tort, en cela, pour la communauté musulmane. C'est pourquoi le chef de l'Etat musulman ne négligera pas, par cette parole des otages (musulmans), de prendre en considération cet aspect (d'affront que nous venons d'évoquer).

Vois -tu? Si les otages amputés des mains et des pieds étaient dans le coma et disaient: "Reprenez-nous à ces (ennemis)", faudrait-il que le chef de l'Etat musulman rende aux (ennemis) leur otages sains et saufs pour reprendre des Musulmans qui sont dans le com en conséquence de ce que les (ennemis) leur ont
1696 fait? C'est une chose que personne ne doit * dire.

Car ce serait consentir à un abissement en matière de religion. Dieu nous garde d'admettre l'absissement en matière de religion! Car seul celui qui est dominé admet tout ce qu'on lui demande. Si c'était permis, il serait également permis de dire que si les (ennemis) assassinaient nos otages, et si les héritiers de ces (otages) dissaient: "Nous leur pardonnons, rendez-leur leurs otages", il faudrait les leur rendre, étant donné que les héritiers des victimes remplacent ceux-ci. Cet argument est nul; on ne prendra point en considération une telle parole, ni de la part des otages eux-mêmes ni de la part de leurs héritiers; au contraire on prendra en considération l'affront fait à la religion et la témérité des mécréants.

Donc s'il n'y a pas, en ce que les (ennemis) demandent, implication d'affront à la Religion (islamique), le chef de l'Etat peut donner une réponse favorable aux (ennemis); mais s'il y a implication d'affront à la Religion et témérité des mécréants, il ne l'acceptera pas de leur part.

1697 * Ne vois-tu pas ceci? S'il y avait cent (otages musulmans) et que les (ennemis) les aient tous assassinés sauf un, si cet homme (nous) dit: "Reprenez-moi à eux et rendez-leur leurs otages, car si vous ne le faites pas, il vont me mettre à mort moi aussi", le chef de l'Etat musulman ne prendra pas en considération la parole de cet (otage), vu qu'il y a implication d'affront à la Religion (islamique), comme nous venons de la mentionner.

• 3549. Si les ennemis, après avoir crevé les yeux des otages, disent aux Musulmans: "Nous vous rendons vos otages et vous payons des dommages (diya) pour ce que nous avons fait à vos otages", alors pas de grief à ce que le chef de l'Etat musulman accepte cela d'eux.

comm. Car il n'y a pas implication d'affront à la religion, étant donné qu'ils rendent les otages et rendent, aussi la contre-valeur de la perte qu'ils leur ont causée. Or ils n'ont pas plus grande latitude (=ils ne peuvent pas faire plus.)

• 3550. Si les ennemis assassinent certains de nos otages et qu'il en reste d'autres, le chef de l'Etat musulman a la faculté de ne pas leur rendre leurs otages jusqu'à ce qu'ils nous aient restitué les vivants, et il leur donnera le choix, au sujet

des assassinés, entre; les prix du sang, ou qu'on lui livre les assassins, agissant en cela de façon qu'il prendra la partie pour le tout.

A supposer que les (ennemis) frappent nos otages, ou les torturent, mais que ceux-ci guérissent, de sorte qu'aucune trace n'en subsiste, si ensuite ces (otages) disent au chef de l'Etat musulman: "tire-nous d'entre leurs mains, en leur remettant leurs otages", alors pas de grief à ce qu'il le fasse.

comm. Car l'opprimé lui-même a renoncé à réclamer son droit; et il n'y a pas implication d'affront à (notre) religion si on reprend nos (otages) et qu'on rende aux (ennemis) leurs otages. Donc pas de grief à ce que le chef de l'Etat musulman donne une réponse favorable à ce sujet.

• 3551. Il en sera de même si les otages (musulmans) meurent en la main des (ennemis) pour une cause autre que cette (torture), après avoir guéri de la (torture (1)), et si les héritiers des otages disent aussi: "nous leur pardonnons", on pourra alors restituer aux (ennemis) leurs otages.

comm. Car les héritiers remplacent * le défunt après sa mort, en ce qui 1698
concerne ses droits.

• 3552. (Chaibânî) poursuit: Si les deux parties de la trêve donnent (échangent) des otages, mais que les mécréants ne donnent pas, avec leurs otages, les frais d'entretien, alors tant que ces (otages) resteront en tant que tels, les frais de leur entretien incombent au Trésor public musulman.

C'est la plus curieuse des règles (établies par Chaibânî), car les frais d'entretien d'une chose gagée incombent au gageur et non à celui qui reçoit le gage, et cela dans le cas où le gage est non seulement de forme, mais aussi de fond et de par la loi. Comment les frais d'entretien peuvent-ils donc incomber à celui qui ne reçoit qu'un gage de pure forme (les otages n'étant gage que de pure forme)? Et comment les frais d'entretien d'ennemi en guerre peuvent-ils incomber au Trésor Public musulman, alors que ces (otages) qui sont des véritables ennemis en guerre se trouvent sous notre main à l'instar des touristes venus sous sauf-conduit? Mais nous disons (pour le justifier) que leur séjour chez nous est pour l'utilité des Musulmans. Or nous avons déjà mentionné (cf ch. 160) qu'il n'est pas permis d'accepter une telle trêve sauf quand il y a utilité pour les Musulmans. Voilà pourquoi les frais de leur entretien incombent aux biens des Musulmans (c.-à-d. au Trésor public). Cela à l'instar d'un objet emprunté qui se trouve en la main de l'emprunteur: du moment que celui-ci en a l'usufruit, les frais d'entretien lui incombent aussi. Au contraire d'un vrai gage (ou hypothèque), où l'utilité est en effet pour le gageur, vu que si la chose gagée est détruite, sa dette est effacée.

Si les (ennemis) assassinent les otages musulmans, leurs otages à eux colleront au chef de l'Etat musulman pendant un an, et il dépensera aussi pour leur entretien, aux frais du Trésor Public musulman;-

---

(1) L'éd. a ici: برأوا ذمته nous suivons le MS de Beyrouth: برأوا منه

comm. Car tant que l'année ne sera pas écoulée, le statut de protection établi en leur faveur restera en vigueur;-

suite: * Et quand l'année sera écoulée, si les (ennemis) ne nous ont pas donné satisfaction, on déclarera ces (otages) des Dhimmîs, et par la suite on ne dépensera plus rien pour leur entretien aux frais du Trésor Public musulman.

comm. Car alors ces (otages) seront dans la même situation [1] que n'importe quels autres Dhimmîs.

• 3553. A supposer que les (ennemis) n'aient pas mis a mort nos otages, et que la trêve ait été conclue pour un délai déterminé, si ce délai passe et que les (autorités) musulmanes demandent aux mécréants de (nous) rendre (nos) otages mais qu'ils le refusent, alors le chef de l'Etat musulman dira aux otages (ennemis qui sont en sa main): "Je ne vous rapatrierai pas dans votre pays tant que vos compatriotes ne m'auront pas rendu mes otages. Je vous donne donc le délai d'un an. Ecrivez-leur. S'ils me rendent les otages.. Sinon je vous déclarerai Dhimmîs (sujets de l'Etat islamique)"; et il leur écrira directement aussi pour éprouver que leur perfidie est réelle. Si pourtant ils ne rendent pas les otages (musulmans) et que l'année s'écoule, il transformerait les (otages ennemis) en Dhimmîs, de sorte que si par la suite les (autorités ennemies) offerent la restitution des otages (musulmans), il ne rendra plus aux (ennemis) leurs otages (devenus Dhimmîs) sans le consentement de ceux-ci.

comm. Nous en avons déjà mentionné la (raison cf. supra IV, 54). Le point
1699 juridique en cet ultimatum **(Indhâr)** est qu'il * n'est pas permis au chef de l'Etat musulman de laisser un mécréant sur le territoire islamique pour un délai prolongé-et de sorte que celui-ci y fasse ce qu'il veut-sans lui faire subir l'humiliation de la capitation **(kharâj)**. C'est donc pour ce même but qu'on les prévient et qu'on leur donne un délai d'un an.

• 3554. Si les Musulmans confient aux mécréants (ennemis) quelques otages, sous forme d'hommes libres, et qu'ils en reçoivent des pierreries ou des perles ou des esclaves en tant que gages (de leur bonne foi), après avoir stipulé que si les (ennemis) commettaient une perfidie, les biens que les Musulmans ont reçus deviendraient leurs, et si par la suite les (ennemis) commettent en effet la perfidie, ces biens-là ne deviendront pourtant pas la propriété des Musulmans; au contraire ils seront gardés dans le Trésor Public musulman jusqu'à ce que ces (ennemis) embrassent l'Islam ou qu'ils nous donnent satisfaction au sujet de nos gages.

comm. Car la condition stipulée (ici) est nulle, sa nullité étant établie par un texte précis (de loi), à savoir cette parole du Prophète: "Le gage ne se clôt pas". Pour expliquer ce terme, les chefs drigeants parmi les successeurs des compagnons du Prophète disaient que c'est quand le gageur dit au receveur du gage: "Si je t'ai

(1) Coquille dans l'éd. qui répète: "Car tant que l'année ne sera pas écoulée, leur situation sera comme celle de..." mais nous suivons les MSS de Beyrouth et de Istanbul (Carullah), où: لأن حالهم الآن كحال

remboursé la dette à telle date... sinon la chose gagée est tienne en compensation de tes biens (= créances)". Donc puisqu'il est établi qu'une telle condition n'est pas vailde même quand il s'agit de la compensation de choses qui sont vraiment des biens, cela doit s'établir à plus forte raison quand il s'agit de choses qui ne constituent point des biens, (ici la bonne foi pour exécuter le traité). La raison en est que dans un tel cas la cause donnant droit au titre de propriété dépendrait d'un risque. Or les causes donnant droit à ce titre sur de vrais biens ne supportent pas de dépendre d'un risque. Donc quand il est manifeste que la condition stipulée est nulle, il est égal qu'on la mentionne ou qu'on la taise. Et tout pouvoir provient de Dieu.

* Chapitre (164) 1700
DES CONDITIONS MISES AUX TRÊVES ETC[1]

• 3555. (Chaibânî) dit ceci: Si les musulmans et les mécréants (ennemis) concluent une trêve pour un certain nombre d'années déterminées, il faut qu'ils la rédigent par écrit, car c'est un contrat à terme, et pour de tels (contrats) la Loi commande la rédaction par écrit. Dieu a dit (Q. 2/282): **"....quand vous vous endettez d'une dette à échéance déterminée, écrivez-la..."** Or dans un impératif, c'est au moins ce qui est préférable qui s'imposer, que penser de cela, donc, alors que plus loin dans le même verset (2/282), il est dit: **"...à moins qu'il s'agisse d'une marché que vous passez tout de suite entre vous: dans ce cas on ne vous fera pas grief de ne pas l'écrire..."**.

comm. Cela implique si le contrat est pour une durée, négliger de le rédiger par écrit sera un péché (un délit).

• 3556. En outre on se fonde, à ce propos, sur le fait que le Prophète conclut la paix avec les Mecquois à al-Hudaibîya[2] (**litt.** en l'année d'al-Hudaibîya) pour que la guerre entre lui et eux fût remise à dix ans; et il donna l'ordre de confectionner deux copies de ce (traité), l'une pour rester chez le Prophète et l'autre chez les Mecquois. C'est 'Alî qui s'occupa de la rédaction. Ainsi, quand il eut écrit: "Au nom de Dieu le Très Miséricordieux, le Tout Miséricordieux (le délégué mecquois) Suhail Ibn 'Amr observa: "Nous ne savons pas qui est le 'Très Miséricordieux'; écris plutôt: 'Au nom de Toi, ô Dieu'". Par la suite (plus loin) quand ('Alî) écrivit: "Voilà sur quoi Muhammad messager de Dieu a conclu la paix...", Suhail Ibn 'Amr remarqua: "Si nous avions su que tu étais le messager de Dieu, nous ne t'aurions pas combattu. Est-ce que tu dédaignes le nom de ton père? Ecris donc: Muhammad fils de 'Abdallâh". Le Prophète donna l'ordre à Alî d'effacer ce qu'il avait écrit, mais 'Alî le refusa. Alors c'est le Prophète lui-même qui l'effaça de sa propre main, et dit: "Je

---

(1) Comme l'auteur le précisera à la fin de l'ouvrage, le commencement de ce livre date de l'époque où il était encore dans la prison mais quand en arriva aux chapitres de **churût** (c.-à-d. le présent chapitre), le relâchement eut lieu. Le reste fut complété à Marghinân

(2) Pour les détails, cf. Hamidullah, **op. cit.**, I, 166-170.

suis Muhammed fils de 'Abdallâh et je suis aussi messager de Dieu. Ecris donc: Voici sur quoi Muhammad Ibn 'Abdallâh et Suhail Ibn 'Amr ont conclu la paix concernant les habitants de la Mecque..." Et le Prophète dicta à ('Alî) le document jusqu'à la fin. Et il lui donna l'ordre d'en préparer deux exemplaires. -Ce comportement (du Prophète) est devenu le principe de base à ce sujet.

comm. Une autre raison (pour rédiger les traités par écrit) est que chacune des deux parties contractantes a besoin d'une copie qu'elle garde en sa main, pour que si l'autre partie lui conteste une condition quelconque, elle puisse se référer à la copie en sa main et en tirer argument contre l'autre partie. A part cela, le but de ceci est la confiance plus grande et la précaution. Il faut donc qu'on rédige (le contrat de la façon la plus précautionneuse, et qu'on évite toute possibilité d'objection de la part d'un objecteur. A cela fait allusion (dans le même verset 2/282) cette parole de Dieu: "**....un scribe n'a pas à refuser d'écrire selon ce que Dieu lui a enseigné...**" On sait que ce que Dieu aura enseigné sera correct et tout le monde pourra se mettre d'accord là-dessus. Il faut donc que le (rédacteur du document) écrive de façon que personne ne puisse y soulever d'objection.

Ensuite (Chaibânî) commence à parler du document (du contrat) et dit qu'il doit être fait selon les formules suivantes: Voici ce sur quoi on conclu la trêve le calife Un tel en compagnie des Croyants (= Musulmans) qui sont avec lui d'une part, et d'autre part Un tel et ceux des ressortissants de son royaume qui sont avec lui....;-

(Chaibânî) mentionne la formule "sur quoi ont conclu la trêve", afin que ce soit correct et véridique. Car il cite un cliché. Or le cliché ne doit pas dire: "sur quoi ont conclu la paix"; mais on doit plutôt dire: "Voici les détails **(dhikr)**de ce sur quoi
1701 * ont conclu la paix". toutefois la formule que Chaibânî a choisie est conforme à ce que portait l'écrit du Prophète, à ce sujet-comme nous venons de la mentionner-et aussi à un aut sujet, à savoir que quand le Prophète donna l'ordre de rédiger le document pour l'achat d'un esclave, on le rédigea aiinsi: "Voici ce qu'a acheté Muhammad, messager de Dieu, à al-Addâ' ibn Khâlid ibn Haudha..."(1) Le Qur'an aussi fait allusion à cette (nuance de l'emploi) et en effet Dieu dit (Q 38/53): "**Voilà ce qui vous est promis pour le Jour des Comptes**"- le sens étant que la promesse **(wa'd)** est pour les charitables et la menace (**(wa'îd)** pour les libertins, le verbe des deux nom, **wa'd** et **wa'îd,** est **tû'adûn** employé dans le verset qu'on vient de citer, englobant les deux idées, de promesse et de menance, -et le verset ne dit pas: "voilà l'écrit où il y a mention de ce qui vous est promis pour le Jour des Comptes";-

• 3557. (Chaibânî) continue: "....ils ont conclu la trêve pour tant et tant d'années, à commencer tel mois de telle année, et pour finir tel mois de telle année".

comm. Il faut commencer par la mention de la date, car la durée pendant laquelle, selon l'exigence du contrat, s'exerce l'interdiction de la guerre est pour un délai déterminé. Il faut donc que le début de ce délai et la fin de ce délai soient déterminés. Or cela est possible seulement en précisant la date. En outre (Chaibânî)

---

(1) Pour le texte complet, voir Hamidullah, **al-Wathâ'iq as-Siyâsiya** N 224, d'après at-Tirmidhî, Ibn Sa'd etc.

a choisi ici le terme "trêve" (**muwâda'a**), car il n'y a pas de véritable paix (**musâlama** et **musâlaha**) entre les Croyants (Musulmans) et les mécréants. entre ces deux groupes il n'y aura qu'un pacte (**mu'âhada**), comme Dieu l'a dit dans cette parole (Q 9/4): **"Excepté ceux des faiseurs de dieux avec qui vous avez conclu un pacte..."** Or la trêve réciproque (**muwâda'a**) est un pacte (**mu'âhada**).

• 3558. Puis le (document) doit mentionner ce que les deux parties contractantes ont besoin de mentionner dans l'écrit, * et qui doit être suivi de la 1702
formule: "Et chaque partie contractante désigne (=invoque) pour l'autre partie- concernant l'accomplissement de tout ce qui est dans cet écrit-le pacte et l'engagement de Dieu, la garantie de Dieu et de son messager (=Muhammad), et la garantie du Christ Jésus fils de Marie".

Il faut employer cette formule dans tous les écrits de ce genre. Et c'est en effet sur elle que Chaibânî s'est fondé, à cause de ce qu'était la situation (=pratique) du calife de son époque.(1) Car on combattait alors les Byzantins, et cette formule-là était la plus (sûre) pour imposer aux (Byzyantins) le respect du pacte. C'est pourquoi il l'a mentionné.

Si l'on disait: "Comment peut-on se permettre d'employer ce terme ("garantie de Dieu et de Son messager") alors que le Prophète a expressément dit (cf • 33): 'S'ils vous demandent de leur donner la garantie de Dieu * et la garantie de Son messager, ne le leur donnez pas, mais donnez-leur plutôt votre garantie et la garantie de vos pères, car si vous violez votre garantie et la garantie de vos pères, ce sera moins grave (**litt.** plus léger)?" Nous dirions: Chaibânî ne veut pas précisément, en ce qu'il suggère, qu'on donne "la garantie de Dieu et la garantie de Son messager", -étant donné que c'est interdit, comme le hadith le mentionne (et Chaibânî y reviendra lui-même plus bas, IV, 72), -mais il veut dire par là qu'il faut renforcer le pacte de la trêve par un serment, en se servant de différentes formules.

comm. Ne vois-tu pas ceci? Après la formule citée plus haut, il ajoute encore la suivunte: ".... et la garantie et l'engagement les plus fermes que Dieu ait demandés aux prophètes, aux véridiques et aux gens de bien" (cf. Q. 4/69).

Il fait allusion, par ce qu'il dit, à cette parole de Dieu (Q 3/187): **"Et lorsque Dieu prit, de ceux à qui le Livre était donné, l'engagement..."**, de même qu'à cette autre parole de Dieu (Q 3/81): * **"Et quand Dieu prit, des prophètes,** 1703
l'engagament..." Ce qu'on veut, dans ces versets, c'est imposer (**litt.** faire coller) de la façon la plus pressante. Il en est donc de même dans le cas présent (des formules de la trêve). Ne vois-tu pas ceci? Après ces formules, (Chaibânî) fait référence aux cas de trahison et dit:

"....alors tous ces garanties (agiront) contre le (traître), Dieu les appelera contre lui et Il en est garant; et toute garantie en sa faveur du (traître s'évanouira."

(1) Il s'agit de Hârûn ar-Rachîd; et le cabinet des médailles de la Bibliotheque Nationale de Paris possède encore des traces de son présent à Charlemagne, sous forme d'une pièce du jeu d'échecs.

Cela montre que ce qu'il veut c'est ce que nous venons de mentionner à propos du serment. Puis il faut terminer l'écrit, en mentionnant la date.

Il a déjà parlé de la date pour le début de l'écrit (du pacte de trêve), et cela suffisait, mais il veut qu'on la répète à la fin de l'écrit aussi pour renforcer. (1) Car le but n'est autre que d'interdire la guerre pendant cette durée déterminée, dont le commencement a lieu à partir du temps où l'écrit a été achevé et l'attestation réalisée. Donc si l'on se contentait de ce qu'on a mentionné au début de l'écrit, il pourrait arriver que l'une des deux parties prétende qu'il y a eu, pour quelque raison, un laps de temps entre le rédaction du début et celle de la fin du document. C'est possible. C'est pourquoi il faut sceller aussi l'écrit en mentionner la date.

Pour la date on se fonde sur ce qu'on rapporte du (calife) 'Umar, qui écrivait à ses gouverneurs (**'ummâl**): "Quand vous m'ècrivez, mentionnez la date dans l'écrit."

Dans le livre, (Chaibânî) donne (des détails sur l'histoire du calendrier musulman) et dit de 'Umar:

Puis il convoqua l'assemblée des Compagnons du Prophète et les consulta au sujet du point précis d'où l'ère (musulmane) devait débuter. Les uns furent d'avis qu'il fallait faire commencer l'ére à partir de la naissance du Prophète. ('Umar) sembla le désapprouver, parce qu'il y aurait eu là quelque ressemblance avec les Chrétiens. Les autres dirent qu'il fallait faire commencer l'ére à la mort du Prophète. Il sembla également désapprouver cela parce qu'il s'agissait d'un malheur qui avait
1704 touché les Musulmans, ainsi qu'y fait allusion cette parole * du Prophète lui-même: "Vous ne serez atteints d'aucun malheur comme de celui à cause de moi". Puis tout le monde se mit d'accord pour faire commencer l'ère à l'époque de l'émigration du Prophète (l'Hégire à Médine).

Car la manifestation des grands symboles **(a'lâm)** de la Religion (islamique), -comme les offices du vendredi et des (deux) fêtes, ainsi que l'immunité des Musulmans vis-à-vis de la persécution des mécréants (mecquois), -date de cette époque. Voilà pourquoi on fixa l'Hégire comme point de départ à l'ère (musulmane).

• 3559. Si Les Musulmans veulent conclure la trêve avec les (ennemis) à condition de ne pas avoir à extrader quiconque viendra chez les (Musulmans) en tant que converti à l'Islam, il faut que le scribe écrive, après la mention de la cessation de la guerre: "Pourvu que quiconque des ressortissants du royaume de l' (ennemi) se rendra sur le territoire musulman-converti à l'Islam ou natiralisée comme Dhimmî, que ce soit homme ou femme, -il n'incombe ni au calife ni aux gens de l'Islam de l'extrader à X".

Selon la Loi (islamique) une telle pratique (du refus de l'extradition) s'établit (automatiquement), sans qu'on fasse l'objet d'un contrat, mais les (adversaires) le nient et, sans cette stipulation explicite, il considèrent cela comme une perfidie (de

(1) Il sera permis peut-être de penser que, pour Chaibânî, la date au début du document concerne la durée de la trêve,tandis que la date à la fin précise le jour de la signature du pacte.

la part des Musulmans), en se fondant sur leur propre croyance, Or nous avons dit (plus haut IV, 61) qu'il faut écrire le document de façon qu'il soit une preuve pour les deux parties contractantes, et que personne ne puisse y soulever d'objection.

Après qu'on a précisé une telle stipulation, si une femme mariée (ennemie, qui embrasse l'Islam et qui) se rend (chez nous), et que son mari réclame son extradition, il n'a pas faculté de le faire. C'est une règle précisée dans cette parole de Dieu (Q 60/10): **"...puis si vous les reconnaissez croyantes, alors ne les renvoyez pas vers les mécréants, -elles ne leur sont pas licites, ni eux licites pour elles, -..."** Certes l'extradition a été stipulée (en faveur des non Musulmans) dans la trêve qui fut conclue l'année d'al-Hudaibîya, [1] mais quand cette règle fut abrogée par la révélation de ce même verset (60/10), Dieu commanda aux (Musulmans) de rembourser au mari (de la réfugiée islamisée) le salaire d'honneur (**mahr**) que celui-ci lui avait payé, comme le dit ce passage du même verset: **"...et rendez-leur, à eux, ce qu'ils ont payé..."** Ce fut pour honorer (dans la mesure du possible) la stipulation (de l'extradition). Mais maintenant on n'extrade plus (les refugiés) on ne rembourse donc non plus quoi que ce soit de ce que le (mari ennemi) a payé à sa (femme). Et même si cette condition (de la non extradition) n'est pas précisée, aucune extradition ne s'impose.

comm. * Car cette règle (qui permettait l'extradition des islamisés) est chose 1705
abrogée, comme l'indique le consensus. [2]

• 3560. Si un esclave islamisé ou une esclave islamisée d'entre les (ennemis en trêve) se réfugie sur le territoire islamique, il n'est pas pour autant affranchi (à la différence des esclaves, réfugiés d'un peuple en plein état de guerre).

comm. Car étant en trêve, ils sont comme ceux qui viennent (chez nous) sous un sauf-conduit. Il faut donc respecter les biens des (ennemis en trêve).

Ne vois-tu pas que si les Musulmans capturent les biens de ces (ennemis en trêve), il n'en deviennent pas propriétaires; (le tribunal musulman les obligera à les rendre aux maîtres d'origine)? Il en sera donc de même pour un esclave qui contraire son maître (et se réfugie chez nous); il ne s'émancipe pas; mais (on ne peut pas non plus le restituer à son maître non-musulman; donc) on vendra cet (esclave réfugié et converti) et le prix sera remis à son maître d'origine. Cela à l'instar du cas où un touriste vient sous sauf-conduit et que son esclave (qui l'accompagne) embrasse l'Islam.

(Chaibânî) poursuit: (Il faut ajouter cette clause): "Pourvu que si un des Musulmans ou des Dhimmîs se réfugie chez le roi en abandonnant la religion islamique ou la qualité de Dhimmî, il incombe à x et aux ressortissants de son

---

(1) Voir **Le Prophète de l'Islam,** par Hamidullah, I. 169-170.

(2) Il est difficile de souscrire à l'affirmation de Sarakhsî. De refus du Prophète d'extrader les femmes-probablement parce que la condition dans le traité concernait les hommes-avait eu lieu déjà sur le champ d'al-Hudaibîya, mais plus tard le Prophète lui-même qui a extradé deux hommes qui voulaient se réfugier auprès de lui.

royaume de l'extrader aux Musulmans, pour qu'on puisse le rendre à son **statu quo ante"**. Il ne faut pas négliger de mentionner cette condition dans le document.

comm. Car (comme déjà mentionné), si quelqu'un d'eux vient chez nous pour embrasser l'Islam ou devenir Dhimmî, il ne nous est pas permis de le leur extrader; il est donc évident que les (ennemis) exigeront de nous la réciprocité (**munâṣafa**, litt. Justice mutuelle) et diront: "Comme vous n'extradez pas, nous n'extradons pas non plus." Donc si cette condition est stipulée, il n'y aura pas cette argumentation (dispute).

• 3561. Si ensuite ils refusent l'extradition, ce sera violation du pacte, de leur part, et il sera licite aux Musulmans de les combattre sans même dénonciation formelle de la trêve.

comm. Après cette description, (Chaibânî) mentionne la formule d'une trêve moyennant compensation (**'iwad**). Ce document est analoque à ce qui précède, mais (Chaibânî) y ajoute la mention de la compensation, dont voici l'essentiel:

• 3562. Il faut que le (chef de l'Etat musulman) sache avec précision la compensation (stipulée), de façon que plus tard il n'y ait pas de dispute. Ainsi il faut écrire: "Pourvu que le roi X et les ressortissants de son royaume remettent au calife
1706 X, * chaque année, un tribut déterminé, d'un montant de tant de dînârs syriens lourds, tant de têtes de bonne qualité, -tant de jeunes filles pubères, tant de garçons pubères, tant de filles non pubères, tant de garçons non-pubères, et à condition qu'ils s'agisse de leurs esclaves et non de gens libres d'entre eux-; pourvu également qu'il y ait telle quantité de tissus de soie dite **buzyûn**[1] (variante: **sundus**, soie fine verte) chaque année, ces tissus étant de bonne qualité et neufs, la longueur et la largeur de chaque pièce étant de tant et tant de coudées; qu'il y ait parmi ces tissus telle quantité de rouge, telle de blanc, telle de jaune. Pourvu aussi qu'ils remettent chaque année telle quantité de poneys (**birdhaun**), de bonne qualité et rapides, comprenant tant de poulins et tant d'adultes."

comm. Cela doit être ainsi, car ils s'imposent ici de livrer des biens en compensation de quelque chose qui ne fait pas partie des biens. Pour une telle (tractation de trêve contre des biens), on se fonde sur une vue large et souple (**tawassu'**). Voilà pourquoi il suffit de mentionner l'espèce, la catégorie et d'une description telle qu'on puisse reconnaître (la chose) par là sans difficulté.

• 3563. A supposer que ces biens doivent être livrés à échéance différée et en plusieurs termes, il faut alors préciser dans le document le nombre de termes et la limite de l'échéance, comme c'est aussi la pratique lors des dettes.

comm. Puis Chaibânî cite un modèle de formule, pour la trêve, concernant les envoyés (ennemis) s'ils veulent se rendre sur le territoire islamique. L'essentiel dans ce (document type) est ce qui suit:

Les envoyés jouissent de l'immunité, même s'ils n'ont pas demandé de

(1) Cf. • 1256.

sauf-conduit, Cela s'explique par un récit selon lequel l'envoyé de * certaine 1707
peuplade parla, devant le Prophète, de choses dont il ne convenait pas de parler; le Prophète dit alors: "Si tu n'étais pas une envoyé, J'aurai donné l'ordre de te mettre à mort" (cf. supra • 401 et IV , 13 et note). En effet les envoyés ont toujours joui de l'immunité pour communiquer le message, aussi bien à l'époque de l'Ignorance (pré-islamique) qu'en Islam.

comm. Car ce que cherchent les deux parties, que ce soit au sujet de la paix ou de la guerre, ne s'accomplit qu'au moyen d'envoyés. Et tant que ceux-ci ne jouiront pas de l'immunité, ils ne pourront pas s'acquitter comme il faut de la communication du message. Voilà pourquoi ils jouissent de l'immunité sans condition.

• 3564. Toutefois mieux vaut qu'on le leur stipule et qu'on le consacre par écrit dans le document, pour plus de précaution.

A supposer que les envoyés soient venus accompagnés de prisonniers (musulmans) pour les libérer contre rançon, et qu'ils veuillent stipuler (dans le sauf-conduit) que si on ne se mettait pas d'accord sur les termes du rançonnement, on les laisserait rentrer (avec des prisonniers), il ne faut pas que les Musulmans fassent la paix sur cette condition, ni qu'on l'écrive dans le document.

comm. Car les (ennemis) prévariquent en détenant des hommes libres d'entre les Musulmans, et il n'y a pas de raison qu'on rende ces (prisonniers) aux ennemis après que nous avons eu la possibilité de les leur arrcaher, (cf supra IV, 42 et note).

• 3565. En effet il n'est pas permis de stipuler dans un contrat quelque chose dont l'accomplissement est considéré juridiquement impossible (**litt.** excusé, c.-à-d. dont la négligence est excusée). Si les (Musulmans) l'ont fait, il faut rompre ce contrat et il faut en tout cas arracher aux (ennemis) les prisonniers (musulmans), et il est égal qu'on ait besoin ou non de combattre pour cela.

comm. Car cette stipulation est contraire a ce qu'a statué la Loi.[1] Le Prophète a bien dit: "Toute condition non conforme aux dispositions du Livre de Dieu (=du Qur'ân) est nulle". Il a dit encore: "Remettez les dispositions de l'Ignorance - **variante**: contrats[2]- (conformes) à la pratique autorisée (**sunna**)".

Toutefois si ces prisonniers (arrachés) sont des esclaves, il faut que les (autorités) musulmanes les vendent pour en remettre le prix à ces (ennemis). 1708

* Car en les mettant en lieu sûr (dans leur territoire), les (ennemis) sont devenus leurs propriétaires de plein droit. Les (ennemis) profiteront donc de cette stipulation du contrat pour s'assurer de la valeur de ces (esclaves). Il faut donc honorer les conditions dans la mesure du possible; et ce sera en leur rendant la

(1) Cette affirmation va à l'encontre de la pratique du Prophète, comme nous venons de l'observer supra IV, 64.

(2) Le MS de Beyrouth ainsi que la traduction turque portent الجهالات (dispositions de l'Ignorance) cf. infra, IV, 210 et l'éd . a: الحبالات (contrats). Le sens reste le même cf. supra IV, 210

valeur (de ces esclaves, obtenue) par la vente, vu que la restitution en personne de ces (esclaves) est devenue impossible (**litt.** dont la négligence est excusée).

• 3566. Si les Musulmans rencontrent sur le territoire islamique un ennemi en guerre, et que celui-ci dise: "Je suis l'envoyé du roi (=des ennemis des Musulmans), et je suis venu sans me munir de sauf conduit", si cet homme est bien connu comme étant chargé de l'ambassade, ou s'il produit la lettre de ce roi à l'adresse du calife, il jouira de l'immunité.

comm. Car là où il n'est pas possible de savoir la vérité, il faut agir selon la prépondérance de l'opinion.

En effet, ce qui vient en premier à l'esprit, dans de telles circonstances c'est que cet homme doit être un envoyé. Le principe est que dans de tels cas c'est l'indice (**'alâma**) qui arbitre. Dieu a bien dit (Q 9/46): **"Et s'ils l'avaient voulue, la sortie, ils l'auraient préparée d'une préparation..."** Dieu a également dit (Q 2/273, cf 47/30): **"...tu les reconnaîtres à leur air..."** Mais s'il n'y a pas d'indice qu'il soit un envoyé, alors il fera partie du butin.

Nous avons déjà mentionné (• 402) qu'il y a une divergence (chez les juristes) à propos de l'ennemi en guerre qui se rend sur notre territoire sans se munir de sauf-conduit. En ce qui concerne l'homme en question ici, le droit de tous les Musulmans à sa personne -ou le droit de l'individu qui le capture, (selon d'autres juristes) s'est établi, cependant qu'il cherche, par sa prétention, à annuler le droit qui s'est établi en sa personne sans qu'il ait aucune preuve (de ce qu'il prétend), Il ne le pourra donc pas.

• 3567. Si la qualité d'envoyé de cet homme est connue, puis qu'il passe devant le douanier (**'âchir**) musulman, celui-ci percevra de lui la dîme, à l'instar des ennemis (ordinaires) venus sous sauf -conduit.

comm. En somme, on perçoit (la douane) à titre de réciprocité, car il est rapporté que lorsque (le calife) 'Umar décida de donner l'ordre aux douaniers (musulmans) de percevoir un quart de dîme sur les commerçants musulmans, et une demi-dîme sur les commerçants Dhimmîs, [1] il demanda: "Les ennemis en querre, combien perçoivent-ils sur nos commerçants?" On répondit: "La dîme". Il donna l'ordre: "Percevez la dîme, vous aussi, sur eux".

• 3568. A supposer qu'on ne sache pas combien un certain pays étranger perçoit sur nos commerçants, on assujettira leurs (commerçants) à la dîme.

comm. Car les étrangers venus sous sauf-conduit sont, vis-à-vis des Musulmans, dans la même situation que sont les Dhimmîs vis-à-vis des Musulmans.

---

(1) Cette différence de traitement entre sujets musulmans et sujets non-musulmans est plus apparente que réelle. En effet le capitaliste non- musulman est autorisé à pratiquer l'usure même sur le territoire islamique, ce qui est abseulement interdit au Musulman. En outre le Musulman paie 2 1/2 % par an sur toutes ses épargnes, et le non-Musulman est exempt de cet impôt et, à la longue, se trouve aussi plus favorisé.

Puisqu'on perçoit sur le Dhimmî le double de ce qu'on perçoit sur le Musulman, on percevra,de la même façon, sur l'étranger venu sous sauf-conduit, le double de ce qu'on * perçoit sur les Dhimmîs. 1709

• 3569. A supposer qu'un pays étranger ne perçoive rien sur nos commerçants, nous ne perceverons rien non plus sur leurs commerçants.

comm. Car cette perception est à titre de réciprocité (**mujâzât**),

• 3570. A supposer qu'on ait stipulé, dans le sauf-conduit pour les envoyés, que le douanier musulman ne percevrait rien sur eux -et si ces (étrangers) traient de même nos envoyés-alors il faut que les Musulmans stipulent de même pour leurs (envoyés) aussi et qu'ils respectent cette (stipulation en faveur des envoyés de ce pays-là).

comm. Car une telle condition est conforme aux règles de la loi islamique. Il faut donc l'honorer.

• 3571. Mais supposons que ces (étrangers), bien qu'ils aient accepté une telle condition en faveur de nos envoyés, ne l'honorent pas, il faut alors ne pas accepter une telle stipulation pour leurs envoyés non plus (dans le contrat). Mais une fois que nous l'avons acceptée, il faudra l'honorer.

comm. * Car il n'est pas permis de trahir le sauf-conduit accordé. Ce que ces (étrangers) font avec nos envoyés, après avoir stipulé (le contraire), est trahison de leur part, mais leur trahison ne nous autorise pas à trahir à leur égard, [1] * comme il en est de même s'ils mettaient à mort nos otages, auqel cas non plus il ne nous serait pas permis de mettre à mort leurs otages. Nous avons déjà expliqué cette règle (cf supra III, 332, IV, 43).

• 3572. Si les Musulmans assiègent les occupants d'un fortin puis que ceux-ci demandent l'aman avec la condition que le tiers de ce qui se trouve dans le fortin-êtres humains exceptés- reviendra aux Musulmans et les deux tiers à ces (ennemis), un tel (aman) est valide.

comm. Car donner l'aman contre une compensation déterminée est chose reconnue et valide. Il en est de même s'il s'agit d'une chose déterminée mais non spécifiée (**Châ'i'**, litt. commune) dans une chose déterminable par la description. Ici il s'agit de ce qui se trouve dans le fortin et qui est susceptible d'être mis en sécurité.

• 3573. Si les Musulmans conquièrent ce fortin sur cette condition le tiers revenant aux Musulmans sera une chose non spécifiée dans l'ensemble. Il faut donc que le chef de l'Etat musulman partage tout ce qui se trouve dans ce fortin entre les Musulmans et ces (ennemis), et qu'il le divise en trois parties.

* En somme cela veut dire que le partage doit être équitable, car le Prophète a 1710 bien dit: "Le meilleur des commandants des corps expéditionnaires (musulmans) est

(1) Cf. supra • 364. Il y aussi un hadith du Prophète: "Observance contre trahison est meilleure que trahison contre trahison" وفاء بغدر خير من غدر بغدر Hadith cité par Abû 'Ubaid, **Amwâl**, • 445.

Zaid Ibn Hâritha: son partage du butin est le plus équitable, et sa façon de traiter ses sujets (subalternes) est la plus juste".

A ce propos on prendra en considération l'égalité quant à l'utilité et à la valeur (des choses à partager). S'il est possible de partager chaque chose, en principe c'est ainsi qu'il faut faire. Mais si c'est impossible (litt. dont la négligence est excusée)- parce que la chose n'admet pas la division, étant donné qu'elle est en petite quantité, ou qu'il s'agit de choses différentes groupées ensemble alors il faut évaluer par une évaluation équitable, puis que le chef de l'Etat musulman dise ensuite aux occupants du fortin: "Si vous le voulez, vous pouvez prendre cette chose (indivisible) en nous versant le tiers de sa valeur en dinars ou en dirhams; ou, si vous le voulez, nous la prenons en vous versant les deux tiers de sa valeur.

On se fonde à ce propos sur un récit selon lequel 'Abdallâh ibn Rawâha supputa la récolte des dattiers de Khaibar, par ordre du Prophète, puis il dit aux Juifs (Habitants de Khaibar, selon le traité conclu avec eux): "Si vous le voulez, prenez (to te la récolte) et vous nous devrez la valeur de la moitié; ou, si vous le voulez, nous prenons (le tout) et nous vous devrons la valeur de la moitié".(1) Les (Khaubariens) dirent: "C'est pour cela seul que les cieux et la terre se tiennent"- c'est-dire pour la justice. Nous apprenons ainsi que le partage de cette façon est le partage juste.

Puis, après le partage des objets eux-mêmes, il faut que le chef de l'Etat musulman tire des lors au sort. En effet, ainsi faisait le Prophète, dans le partage des butins. Et quand il partait en voyage, il tirait au sort celle de ses femmes (qui l'accompagnerait dans le voyage).

Cette pratique est devenue un principe de base, à savoir que, même pour tout ce qu'on peut faire sans même tirer au sort, il est préférable que le chef de l'Etat tire au sort pour réconforter les coeurs, et pour écarter tout soupçon de partialité de sa part.

Si le (chef) établit une division équitable au moyen de l'appréciation de la valeur des objets déterminés, cela aussi est bon.

1711 Cela aura lieu quand par exemple il y a un poney (birdhaun) d'un coté et * une perle de l'autre côté. Alors il ajoutera au poney d'autres objets, en quantité telle que tout le lot ait la même valeur que cette parle. Ou si le poney est plus excellent, il ajoutera à la perle d'autres objets en quantité telle que tout le lot ait la même valeur que le poney, et les trois part, (2) deviennent ainsi égales. Après cela, il tirera au sort, et la part qui sortira pour les Musulmans, il en prendra possession, et remettra le reste aux (ennemis).

---

(1) Plus connu est le récit selon lequel cet agent divisa toute la récolte en deux tas, et dit: "Choisissez ce qui vous plaît. (cf Hamudullah, **op. cit.**, II, 593).

(1) C'est-à-dire quand un tiers doit aller à une partie et les 2/3 à l'autre: on divise en 3, l'un prend un et l'autre deux.

Et si la condition stipulée est qu'une des deux parties versera à l'autre des dirhams ou des dinars équivalent à la différence, pour égaliser les quotes-parts, cette (condition) est valide, pourvu que les deux parties l'agréent. Et s'il n'y a pas agrément, il ne faut pas faire cela, sauf quand il est impossible de partager la chose elle-même.

Car ce partage a le sens d'une vente. Or dans la vente on prend en considération l'agrément mutuel. Si, dans la capitulation, les (assiégés) ont stipulé de laisser aux Musulmans un tiers "de ce qui se trouve dans le fortin", cela n'inclut ni les maisons ni les terres (**dûr**).

comm. Car ce qui est "dans le fortin" est autre chose que le fortin. Or les terres (**manazil**) et les maisons (**dûr**) font partie du **fortin,** et non de **ce se trouve dans** le fortin.

• 3575. En outre, il ne faut pas que les Musulmans concluent la paix avec eux moyennant "le tiers de ce qui se trouve dans le fortin", sans autre précision, car "ce qui se trouve dans le fortin" comprend les (combattants ennemis) et leurs familles aussi. Il se peut que la protection accordée les comprenne. Donc après que la protection les a compris, il ne nous sera pas possible de devenir propriétaire de leurs personnes.

comm. Une autre raison en est que les qualités d'esclavage et de liberté ne peuvent pas se réunir en la même personne, étant donné la contradiction entre ces deux qualités.

• 3576. Mais si les (assiégés) veulent conclure la paix moyennant le tiers des esclaves se trouvant dans le fortin, il faut qu'ils concluent ce contrat après avoir déjà séparé ce tiers (**litt.** partagé), de sorte qu'ils séparent d'abord de l'ensemble le tiers des esclaves, puis qu'ils (nous) disent ensuite: "C'est sur ceux-ci que nous voulons faire la paix avec vous, ainsi que sur le tiers de ce qui se trouve dans le fortin", alors ce sera valide.

comm. Car la protection ne visera pas ce (lot) d'esclaves, étant donné que les (ennemis) l'ont désigné comme la contre-valeur de la paix.

• 3577. Si les (assiégés) obtiennent la paix à condition de livrer "le tiers des
esclaves se trouvant dans le fortin, * à l'exclusion des gens libres", ce sera valide, 1712
comme s'il s'agissait du reste des biens et non des prisonniers réduits en esclavage. Et s'ils ont obtenu la paix moyennant livraison de "cent têtes d'entre eux", et s'ils lievrent cent têtes d'entre leurs esclaves, ce sera valide; mais s'ils doivent les livrer en les prélevant sur eux-mêmes et sur leurs familles, ce ne sera pas valide.

comm. Car le traité de paix leur procure la protection. Or la protection consolide leur statut de liberté de sorte qu'il n'est plus susceptible d'être annulé; et après cela il n'y a pas de raison qu'on devienne leur propriétaire, en obtenant d'eux livraison à titre de contre-valeur de la paix (**badal aṣ-ṣulḥ**).

• 3578. Si la paix a eu lieu moyennant la réduction en esclavage du tiers des

prisonniers (à prendre)", puis que les Musulmans entrent dans ce fortin (assiégé), il ne faut pas que les (Musulmans) se saississent de quique ce soit d'entre eux.

comm. Car la protection accordée vise une partie de chaque individu. Or la protection n'est pas susceptible d'être qualifiée de partielle sur un même individu. Si elle établit sur la partie, elle s'établit sur le tout.

• 3579. S'il devient impossible pour les (assiégés) de remplir la condition, il faut que les Musulmans se retirent de ces (assiégés, c.-à-d. du fortin), pour que ces (ennemis) obtiennent de nouveau la puissance résistante dans leur fortin et que par la suite les (Musulmans) leur dénoncent formellement la paix.

comm. Car ils jouissent de la protection accordée par les Musulmans; il n'est donc permis ni de les tuer ni même de les réduire en esclavage avant de leur avoir dénoncé formellement la paix. Or cette dénonciation ne se concrétisera qu'après qu'on aura redonné à ces (ennemis) le pouvoir et la puissance résistante qu'ils avaient auparavant (=au moment de l'octroi de la protection). On fait tout cela pour éviter la perfidie.

• 3580. Si la paix a été conclue moyennant "le tiers de ce qui se trouve dans le
1713 fortin: réduction en esclavage * des prisonniers à y prendre, et tous autres objets peu ou prou", puis que les Musulmans consentent à ne point molester les prisonniers (**saby**), mais à prendre seulement le tiers des autres objets, ce sera valide.

comm. Car le partage envisagé dans cette paix comporte à la fois ce qui est une contre-valeur correcte de la paix et ce qui n'en est pas une correcte. Dans un tel cas la loi est qu'on établisse ce dont il est correct (1) de faire la contre -valeur (de la paix) à l'exclusion de ce qui n'est pas correct.

• 3581. Si les (musulmans conquérants) disent: "nous ne consentons pas à cette (renonciation aux prisonniers), ils en ont la faculté, mais il ne leur sera toutefois pas permis de s'emparer de quoi que ce soit de ce qui se trouve dans ce fortin, -peu importe que ce soit des biens ou des prisonniers -au contraire il leur faut d'abord sortir de chez eux (=du fortin) pour que ces (vaincus) obtiennent de nouveau leur puissance résistante comme avant (la capitulation), et c'est après cela que les (Musulmans) doivent dénoncer formellement la paix. Au contraire si les (Musulmans) disent: "Nous saisirons le tiers des biens à l'exclusion des prisonniers, et ensuite nous leur dénoncerons la paix", ils n'ont pas la faculté de faire cela.

comm. Car dès qu'ils prennent possession des biens, la protection s'établit en faveur de ces (ennemis); il n'est donc plus permis de dénoncer la paix sans la restitution de (leurs) biens. On a déjà parlé des cas semblables.

Après cela (Chaibânî) mentionne la manière de rédiger le document pour ce problème paticulier: (2)

---

(1) Ainsi dans le MS de Paris, l'éd. portant: بصلح

(2) Le texte en manque.

En somme, c'est par précaution qu'on rédige le document. Il faut donc rédiger ce document de la façon la plus précautionneuse, c'est-à-dire faire le récit exact de ce qui a eu lieu (entre les négociateurs). Il faut donc que le scribe écrive et mentionne ce qui s'est passé (=convenu) entre les deux parties contractantes, pour le préciser de la façon la plus précise.

Après ce contrat de paix, on remettra aux (ennemis vaincus) leur -quote part des biens qui se trouvent dans le fortin et que les Musulmans n'aient pas déjà mis en sécurité dans leur campement (pendant le siège, avant la capitulation de l'ennemi), car ce qu'ils auront déjà auparavant mis en sécurité, leur sera * laissé entièrement, (sans partager avec l'ennemi, comme c'est le cas pour les biens se trouvant dans le fortin).

Car cela ne faisait pas partie de "ce qui se trouve dans le fortin", au moment où la paix a été conclue.

• 3582. Si les Musulmans et les mécréants (ennemis vaincus) divergent au sujet de certains esclaves, et que les occupants du fortin (les vaincus) disent: "Ce sont des gens de statut libre et il s'agit de * nos femmes et de nos enfants, personnes 1714 que la protection accordée comprend toutes", mais que les Musulmans répondent: "Non, ce sont vos esclaves, dont le tires nous revient", alors c'est à la parole des mécréants qu'il faut ajouter foi.

comm. Car ces (ennemis) restent attachés à l'état de choses originel; or l'état originel chez tout homme est la liberté. En outre c'est en leur main que se trouvait ce qui était en ce fortin, et évidemment ils savent mieux que quiconque la vraie situation de ce qui se trouvait dans le fortin.

• 3583. Mais à supposer que les Musulmans établissent une preuve de la qualité d'esclaves des personnes visées, peu importe si les témoins sont des Musulmans, des Dhimmîs ou même des ennemis en guerre, alors ce qui s'établit par la preuve est comme ce qui s'établit par le consentement mutuel des deux parties en cause. Une telle preuve, au détriment des (ennemis en guerre) se tient (=est valable). Voila pourquoi on admet à ce propos le témoignage des ennemis en guerre.

(Une conséquence, en marge du point en discussion): Supposons que les témoins témoignent du fait que les personnes visées sont esclaves de quelqu'un de déterminés, et que celui-ci dise: "Ils ne sont pas mes esclaves, mais des gens libres", alors sa parole les émancipera tous.

comm. Car les deux tiers de chacun de ces "esclaves"lui appartiennent (de par le témoignage) produit par les Musulmans; donc son aveu, qu'ils sont des hommes libres, s'exécute en eux.

• 3584. De plus, il ne lui incombe de donner aucun dédommagement aux Musulmans (qui perdent de tiers de ces esclaves); et ces esclaves ne doivent pas non plus travailler pour gagner de quoi dédommager (de leur quote-part les Musulmans).

comm. La raison en est que le tiers de chacun de ces (esclaves) constitue un

butin non encore mis en sécurité moyennant le territoire islamique. Or un butin non encore mis en sécurité n'entraine pas de dommages si quelqu'un le détruit, et quel que soit ce destructeur (un Musulman ou un ennemi).

• 3585. Il en sera de même si l'individu (ennemi) contre lequel le témoginage établit (que ces gens prétendument libres sont en effet ses esclaves) dit: "Ils étaient mes esclaves, mais je les ai affranchis". Mais (dans de tels cas), les Musulmans ont
1715 le choix: s'ils le veulent, ils prendront livraison du tiers * leur revenant (de par le traité) sur d'autres que ces (esclaves que le maître a affranchis), et laisseront le traité s'accomplir; ou, s'ils le veulent, ils refuseront cela, évacueront le (fortin), puis dénonceront formellement la trêve.

comm. Car l'(ennemi) ne leur a pas livré tout ce qu'il avait stipulé.

• 3586. Donc si les (musulmans) décident de rejeter (la paix), puis que les occupants du fortin disent: "Nous allons vous payer la valeur du tiers (vous revenant), alors il faut que les Musulmans honorent pour eux la paix conclue.

comm. Car la valeur est le substitut de la chose elle -même, et quand il est impossible (**litt.** dont la négligence est excusée), la livraison de la valeur est comme la livraison de la chose elle-même quand ceci est possible.

• 3587. Puis si le commandant musulman veut mettre à mort les esclaves des occupants de ce fortin revenant de droit (**litt.** en particulier) aux Musulmans, * cela ne lui sera pas loisible, au contraire de cas des prisonniers ordinaires pris sur l'ennemi en guerre: le commandant a la faculté de les mettre à mort.

comm. Car ceux-ci n'ont pas encore été répartis en butin, tandis que ceux-là ont (été partagés entre les Musulmans et les occupants du fortin. Une autre raison en est que ceux-là sont obtenus par voie de paix; donc dès que les Musulmans les obtiennent, ces (esclaves) commencent à jouir de l'immunité contre la mise à mort, et ils ressemblent alors aux prisonniers réduits en esclavage, que le chef de l'Etat vend sur le territoire ennemi (après la vente, il ne peut pas les mettre à mort).

• 3588. Si les occupants de ce fortin sollicitent la paix contre quelque chose de déterminé et à condition aussi qu'on les laisse partir du fortin jusqu'à ce qu'ils aient gagné quelque lieu de leur sécurité, cet arrangement est valide.

comm. Car c'est valide même quand le chef de l'Etat musulman le fait sans aucune compensation, quand il y a de l'intérêt des Musulmans. Ce sera donc valide, à plus forte raison, s'il y a une compensation dont les Musulmans profitent.

Après cela (Chaibânî) précise la manière dont il faut rédiger le document pour ce genre de trêve (pour laisser partir les ennemis).

1716 * C'est semblable à ce qui précède, à cela près qu'il faut écrire en particulier cette condition. En effet chaque fois qu'il y a quelque chose de particulier dans un contrat (**wathîqa**), il est indispensable de le préciser.

(Chaibânî) poursuit: Il faut que le scribe fasse la première rédaction dans les termes les plus sévères (**achadd**);-

C'est -à-dire de la plus précautionneuse [1] (**ahwat**) des façons;-

suite: Si les mécréants [2] en désapprouvent quelque chose, on peut le laisser tomber.

comm. Car il est plus facile aux (Musulmans) de laisser tomber ce qu'ils veulent laisser tomber que d'ajouter ce qu'ils peuvent vouloir ajouter. Il se peut même que les ennemis en guerre n'acceptent que ce qui est des plus sévères. [3] C'est pourquoi il faut d'abord rédiger de "cette façon. Si les (ennemis) n'acceptent que quelque chose de plus léger, les Musulmans peuvent laisser tomber ce qu'ils veulent.

(Chaibânî) ajoute: Je désapprouve que (dans le contrat) les Musulmans donnent aux mécréants la garantie (**dhimma**) de Dieu le Très Haut et la garantie du Prophète, et cela en vue du récit bien connu (cf § 33 et IV,62-63), selon lequel le Prophète a dit: "S'ils vous demandent de leur donner la garantie de Dieu et la garantie de Son messager, ne la leur donnez pas, mais donnez-leur plutôt votre garantie et la garantie de vos pères, car si vous violez votre garantie et la garantie de vos pères, ce serait moins grave que de violer la garantie de Dieu le Très-Haut et la garantie de son Messager..."

Mais la dernière partie de ce même hadith montre que l'interdiction (**nahy**) n'est pas motivée par l'illégalité d'une telle condition, mais parce que parfois il devient impossible aux Musulmans de remplir le (contrat). C'est donc plutôt comme l'interdiction de Jurer sur l'avenir. En effet Dieu le Très-Haut a dit (Q 2/224): **"Et ne rendez pas Dieu à la merci de vos serments..."** Mais ce n'est pas que ce soit illégal: l'interdit est motivé seulement par la crainte d'une violation possible.

• 3589. * Toutefois si les mécréants refusent d'agréer (les caluses du contrat) à 1717
moins que les (Musulmans) leur donnent la garantie de Dieu le Très-Haut et la garantie de Son messager, il faut la leur donner, au besoin, puis l'honorer. Certes, s'il y a occasion de détresse pour la rompre, il n'y a pas non plus à en faire grief, à l'instar de la question du serment.

Cela sur la base de la parole du Prophète: "Quiconque jure avec serment, s'il voit ensuite quelque chose de meilleur que cette chose jurée, il faut qu'il réalise (**litt.** fasse venir) ce qui est le meilleur, et qu'il expie son serment". (On a déjà parlé de la méthode légale de la dénonciation d'une trêve).

• 3590. Si les occupants de ce fortin disent (aux Musulmans): "vous accorderez l'aman à tels et tels d'entre nous, accompagnés de leurs biens et des

---

(1) On dirait que Sarakhsî n'a pas bien saisi le sens de ce que dit Chaibânî, Voir plus bas.

(2) Le texte porte: "Musulmans", par lapsus calami sans doute.

(3) Comme on vient de le voir, Sarakhsî comprend le mot "sévère" dans le sens de "précautionneuse"; et continuant sur la même acception, il dit ici que les ennemis préféreraient les formules les plus précautionneuses. On se demande si Chaibânî ne pense pas à des termes plus exigeants, plus défavorables à l'ennemi, pour les assouplir après marchandage avec la partie contractante adverse, chose qui se fait même aujourd'hui. Il faut dans ce cas dire dans le texte: "acceptent" au lieu de "n'acceptent que".

choses de leur usage personnel, selon le choix qu'en fera le patrice (**batrîq**)", cette condition est valide.

comm. Car le contrat d'aman se fonde sur la latitude (l'acception la plus large). Déjà en ce qui se fonde sur la rigidité (l'acceptation stricte), il est permis à un particulier de stipuler un choix, en vue du besoin qu'il en a, dans la vente par exemple; donc ce sera permis à plus forte raison en ce qui se fonde sur la latitude (l'acception large). Après cela (Chaibânî) cite le cliché pour le document d'une telle trêve, pour montrer comment il faut le rédiger, et dans cet exposé il dit:

• 3591. (Il faut rédiger avec la formule:) "à condition que, (en cas de divergence), c'est la parole de tel patrice qui prévaudra". Puis si les Musulmans accusent ce (patrice) de quelque chose, ils le feront jurer: "Par Dieu, en dehors de qui il n'y a pas de Dieu, Celui-même qui est le Connaisseur de l'invisible tout comme du visible, qui est le Très Miséricordieux, le Tout Miséricordieux, qui connaît le secret autant que le dévoilé, qui sait la trahison des yeux tout comme ce que les poitrines cachent, qui a fait descendre l'Evangile sur Jésus- que la paix soit sur lui- en le désignant comme annonciateur et avertisseur et en le désignant aussi, lui et sa mère, comme un signe pour les mondes! La chose est en vérite [1] comme il (le patrice) le dit, il n'a ajouté rien de trop, et n'a demandé pour lui rien de plus que ce qui était stipulé."

1718 **comm.** * Il faut lui demander de jurer, parce qu'il est accusé. Or même si un accusé n'est pas judiciairement digne de confiance, force nous est d'ajouter foi ici à sa parole accompagnée de serment. Ce sera donc de même s'il est judiciairement reconnu comme digne de confiance. En outre, lorsqu'on administre le serment, le but est d'amener cet homme à se récuser. Or cela s'obtient seulement quand le serment lui est renforcé. Mais il n'y a pas de raison qu'on fasse jurer par autre que Dieu. Il faut donc renforcer le serment pour qu'il jure par Dieu de la façon que (Chaibânî) a mentionnée et il faut écrire cette (formule) dans le même document, afin que ce (patrice) n'accuse pas les Musulmans de perfidie quand ceux-ci lui proposeront de jurer de cette façon.

suite: Si les ennemis ouvrent le fortin sur cette condition, puis que le patrice dise: "Je ne veux choisir aucun d'eux", ou: "Je ne préfère pas les uns aux autres", ou si le patrice meurt, ou même qu'il prenne fuite avant d'avoir choisi quelqu'un des (occupants du fortin), il incombera aux Musulmans de quitter le fortin (litt. de les quitter) pour dénoncer ensuite formellement le pacte (en vue d'un nouveau pacte).

comm. Car l'aman donné vise sûrement certains d'entre eux, bien qu'indéterminés. Or le principe est que, quand sont confondus ceux qui jouissent de l'aman et ceux qui n'en jouissent pas, il n'est pas licite de molester qui que ce soit du groupe, vu que l'interdiction et la licéité ne rencontrent dans chacun de ces gens. Et quand il y a une telle rencontre, c'est l'interdicition qui l'emporte.

---

(1) Ainsi أن dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: لأن

A supposer que le patrice se présente: s'il choisit beaucoup de biens et si les Musulmans l'accusent (de fraude), c'est néanmoins sa parole accompagnée de serment qui prévaudra à ce propos -la formule de serment étant celle même qu'on a stipulée-et cela parce que le Prophète a dit: "La condition stipulée prédomine".

3592. En outre si la stipulation a été que l'aman comprendrait ceux que choisirait le patrice-y compris leurs biens-alors (il est à noter que) le terme "biens" signifie ce qu'on acquière et par quoi on fait des générosités. Cela concerne ce qu'on met de côté pour le temps du besoin. Ce sera ainsi sauf si la stipulation * vise 1719
quelque chose de déterminé, par exemple (**litt.** et cela concerne) la catégorie des pièces de monnaie: frappées ou orfévrées- **autre version:** frappées ou non frappées mais orfévrées- elles sont pareilles, mais on en excepte les pièces de monnaie recouvertes d'une couche d'or ou d'argent.

"Recouvrir d'une couche" signifie donner seulement la "couleur" de l'or et de l'argent, sans que (ces pièces de monnaie) soient de ces métaux précieux. Dans de tels cas, le (métal précieux constituant la couche) est perdu dans la (pièce de monnaie) et n'est pas dégageable. Voilà pourquoi la règle de l'intérêt (usure) ne s'y applique pas et il n'y a pas là-dessus à payer l'impôt sur l'épargnes (d'or et d'argent, tandis qu'il y a intérêt dans les transaction d'or et d'argent purs, comme il y a aussi impôt à payer).

Il en est de même si l'on stipule de donner les "biens silencieux" (non animés): cette stipulation et celle qui porte sur les biens en métaux précieux (**al-mâl al-'ain**) sont pareilles.

comm. Mais dans le cas des impôts (**zakât**) et e la charité, c'est le contraire. Car, (de même que, pour les impôts, le terme "biens" ne comprend que les biens imposables), pour la charité aussi, ce terme "biens" ne comprend que les biens sur lesquels les impôts sont capables d'être perçus. C'est-à-dire, si quelqu'un dit: "Je donne tous mes biens en charité", (ces biens ne comprendront que les biens assujettis aux impôts. Normalement, il n'en est pas ainsi, et ce terme doit comprendre tous les biens de cet homme, mais) nous le faisons ainsi par la voie d'équité. La raison en est quil y a un texte législatif précis pour l'obligation de la **ṣadaqa,** (1) tandis qu'il n'y a rien de tel à propos de l'aman donné. Voilà pourquoi on a recours, à propos de l'aman, au raisonnement analogique, cela à l'instar du legs pour le tiers des biens laissés, auquel cas y sont inclus tous les objets aux quels s'applique le terme "biens", selon ce que nous avons expliqué comme sens lexicographique de ce terme (et non pas seulement les biens imposables).

• 3593. (Chaibânî) poursuit: Si, dans le contrat, on a stipulé sur les **matâ'**

(1) **Le terme sadaqa** signifie dans le Qur'ân (9/60) les impôts gouvernementaux. Mais le terme signifie aussi **"faire la charité"**. L'auteur semble vouloir dire que le texte législatif (qur'ânique) fait obligation des impôts, mais seuls quelques biens sont assujettis à ces impôts. Donc. Quand Le terme **sadaqa** veut dire "charité", selon l'équité nous dirons que cela comprend non pas tous les biens de ce donateur en charité, mais ceux de ses biens seulement qu'y comprend l'encaisseur des impots.

(biens d'usage courant), alors ce terme désigne "les objets dont on fait usage et qui cependant subsistent (sans être consumés), comme les vêtements, les ustensiles. Voilà pourquoi dans le terme "biens d'usage courant" n'entrent pas les denrées alimentaires mesurées ou pesées.

1720 **comm.** * Car dans ce dernier cas l'usage qu'on fait de l'objet le consume. Donc les "biens d'usage courant" ne comprennent que les ustensiles en or et argent, les couches (=lits) en or et argent parmi les(=comme faisant partie des) biens d'usage courant. Et cela pour la raison que nous venons d'évoquer.

Quant aux pierreries et aux perles, elles ne font pas partie des "biens d'usage courant".

Car on se sert du terme **hulîy** (ornement et parure) pour les inclure. Or les ornements sont autre chose que les biens d'usage courant.

Mais (**litt.** il en est de même) les armements (**silâh**) quels quils soient font partie des "biens d'usage courant".

comm. Car on en fait usage tout en conservant l'objet lui-même. Pour les (armements) il n'y a pas de mot donnant un sens plus restrictif que le mot "biens d'usage courant". En effet le terme "armements" n'est pas un nom spécifique (mais un nom générique). Certains objets sont nommés de ce nom (**silâh**), en considération de la façon dont en use (le mot signifiant en effet: outil de combat; voir plus bas).

Et la bague ne fait pas partie des biens d'usage courant.

comm. Car elle fait partie des ornements. Si l'on disait: "Mais (Chaibânî) lui-même n'a-t-il pas dit dans son **al-Jâmi' aş-Şaghir**[1] que la bague en argent ne fait pas partie des ornements?" Nous dirions: Il veut dire par là qu'il est permis aux hommes de la porter (la bague en or n'étant licite que pour les femmes) bien qu'au sens propre, elle fasse partie des ornements, tout comme la bague en or. La terme **hulîy** (ornements) est le nom spécifique pour cette sorte d'objets, et ce nom a un sens plus restrictif que **matâ'** (bien d'usage courant). Donc tout ce qui est compris dans ce nom n'entre pas dans les "biens d'usage courant".

• **3594.** Si l'on a stipulé sur les **silâh** (armements), alors ce terme signifie tout ce dont on se sert pour les combats: épée, casque, cotte de mailles (ou: cuirasse), bouclier, arc, flèche, et tout ce qui y ressemble et qui est en général employé comme on emploie les armements. Quant au couteau, il fait partie des biens d'usage courant, et non des armements.

comm. Car généralement on en fait usage pour des besoins autres que de combats.

---

(1) p. 63, de l'éd. de 1302, باب اليمين في لبس الثياب والحلي

* Quant au poignard (**Khanjar**) et à la lance (**naizak**[1]) ce sont des 1721
armements.

Car en général on ne s'en sert que pour des combats.

• 3595. Et en ce qui concerne les manteaux (**jubba**), les manteaux ouatés (**qabâ' mahchû**), les manteaux en feutre (**qubâ' al-lubûd**), ils font partie des biens d'usage courant, sauf s'ils sont tels qu'on ne s'en sert que pendant la guerre, auquel cas ils font partie des armements.

Cela au même titre que les manteaux-cafetans.

Le même (principe) s'applique aux manteaux en soie à dessins (**dîbâj**) et à ceux en soie pure (**harîr**): ils font partie des biens d'usage courant, et non des armements, sauf s'ils sont tels qu'on ne les porte que pendant la guerre. Tandis que les drapeaux (**'alâm**), les lances courtes (**tirâd**) et les cuirasses (**juauchan**) font partie des armements.

comm. Il en résulte qu'on doit prendre en considération, dans chaque endroit, l'usage courant de cet endroit, pour connaître l'application d'un terme, Le principe de base à ce propos est dans le récit suivant, qui rapporte que quelqu'un demanda à Ibn **'Umar-variante**: à 'Umar -la question que voici: "Notre camarade a fait voeu de sacrifier un **budna** (gros bétail); est-ce qu'une vache lui suffira?" Lui: "De quelle origine est votre camarade?" Le premier: "Des Banû Rabâh". Lui: "Depuis quand les Banû Rabâh ont-ils des vaches? Votre camarade n'a pensé qu'à des chameaux?

• 3596. Si l'on a stipulé sur les **kurâ'** (bêtes de guerre) en même temps que sur les armements, alors le terme **kurâ'** s'applique aux chevaux, aux mulets et aux ânes; quant aux chameaux et aux bêtes (les ovins et ovins, ils ne font pas partie des **kurâ'**).

comm. Car pour ces derniers, le terme générique est **an'âm** (bêtes de consommation), comme Dieu le dit (Q 16 / 5): **"Et les an'âm, Il les a créés. En quoi il y a pour vous chauds vêtements et des utilités."** Le point à noter ici est que les **kurâ'** concernent seulement les bêtes de monture, et il s'agit là de chevaux, 1722
de mulets et d'ânes, * comme le dit cette parole de Dieu (Q 16/8): **"Et les chevaux et les mulets et les ânes, pour que vous les montiez, -pour le parade aussi..."** Quant aux canélidés, aux bovins et aux ovins, ils sont employés parfois comme montures ou comme bêtes de somme, et parfois comme montures ou comme bêtes de somme, et parfois pour la consommation, comme le dit cette autre parole (dans le même verset précité 16/5): **"...et vous en consommez"** (cf aussi 40/79): **"C'est Dieu qui vous a assigné les bestiaux pour que vous en montiez et que vous en mangiez").**

• 3597. A supposer qu'on stipule sur les armements et les **khail**, alors le mot **khail** comprend aussi biens les chevaux que les poneys (**birdhaun**), mâles aussi biens que femelles, mais n'entrent dans ce terme ni les mulets ni les ânes. Dieu a dit (Q 8/60): **"Préparez-leur tout ce que vous pouvez de force, et tenez prêts des**

---

(1) Ainsi dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: اليزك

hail, afin d'en effrayer l'ennemi de Dieu et votre ennemi..." (Ici, **khail** signifie espèce chevaline.

comm. Nous avons déjà mentionné qu'on donne, dans le partage du butin, une part aussi bien aux chevaux qu'aux poneys, à l'exclusion des mulets et des ânes, et pour cela on tire un indice de ce même verset.

Si on a stipulé sur les **machiya** (bêtes de pâturage), alors n'entrent sous ce vocable ni les chevaux et paneys, ni les mulets, ni les ânes.

Car le terme **machiya** est distinct du terme **kurâ'** (bêtes de guerre). Donc le terme **machiya** comprend celles des bêtes que ne comprend pas le terme **kurâ'** , et comprend donc les camélidés, les bovins et les ovins. La raison en est que ce sont généralement ces dernières bêtes que l'on fait paître. Or les possesseurs des bêtes de pâturages sont appelés des possesseurs de **machiya**.

• 3598. Si on a stipulé sur les armements, et que certains d'entre eux soient parés d'argent, d'or ou de pierreries, alors ces (accessoirs décoratifs) seront traités comme des incidences. Or, quand on a droit au principal, on a droit (automatiquement) à l'incidence de ce (principal). Toutefois les selles et les rênes font partie des biens d'usage courant, et non de l'armement.

comm. Car en dehors de la guerre, on en fait habituellement usage de telle sorte qu'on en profite cependant que l'objet lui-même subsiste. Il en est de même en ce qui concerne les bêtes (de cheval et d'âne) et les housses. Mais les caparaçons (**tajâfif**, armures du cheval) font partie uniquement des armements, et on ne les emploie que pendant la guerre.

1723 • 3599. * Si l'on a conclu la paix à condition que "reviendront aux Musulmans le jaune et le blanc, mais non la **halqa** (armures)", alors les termes "jaune" et "blanc" (**ṣafrâ'** et **baidâ**) comprennent (en arabe) l'or l'argent, en quoi le lingot, l'orfévré et le frappé (en monnaie) sont pareils. Ces termes ont un sens analogue à celui des termes **'ain** (biens en métal précieux) et **ṣâmit** (biens silencieux, c.-à-d. inanimés). Si l'(or ou l'argent) est orfévré et incrusté de pierreries, alors les pierreries ne reviendront pas aux Musulmans. (On parlera de la **halqa** plus loin).

comm. Car les termes "jaune et blanc" ne les comprennent pas. Or le droit des (Musulmans dans le dit traité) est seulement en considération de ces termes.

• 3600. Si une coupe est consolidée d'or et d'argent, alors (selon ce même traité), reviendra aux Musulmans tout ce qui s'y trouve d'or et d'argent.

comm. Car cela fait partie du "jaune et blanc".

• 3601. Toutefois la coupe elle-même ne leur reviendra pas. Si l'enlèvement de cet (or ou argent) n'endommage pas la coupe, on l'enlèvera. Mais si cela endommage la coupe, on donnera le choix aux (ennemis): s'ils le veulent, ils consentiront à l'enlèvement, et s'ils le veulent, ils donneront aux Musulmans la valeur de cet or orfévré en dirhams (pièce de monnaie en argent), et la valeur de l'argent orfévré en dinars (pièces de monnaie en or);-

comm. Car la chose principale (ici, la coupe) appartient aux (ennemis);-

• 3602. Et quand besoin en est, pour éviter le dommage, le propriétaire de la chose principale a le droit de choisir de garder en sa propriété cet objet (principal). Toutefois quand on a besoin d'évaluer l'objet, on évalue en métal d'un autre genre (ainsi la valeur de l'or en pièce d'argent, et la valeur de l'argent en pièce d'or, et cela pour éviter l'intérêt usuraire interdit par le Prophète dans un troc d'or contre de l'or).

comm. * Car ni le travail (de l'orfèvre) ni la qualité (de l'or ou de l'argent 1724
employés) ne sont pris en considération, dans le troc par la même espèce (or contre or; et pour éviter la perte possible, on évalue en monnaie d'un autre métal).

suite: En ce qui concerne la **halqa** - (anneau ou maille, dans son sens initial, et cotte de mailles comme sens principal, puis, par extension:)- c'est un nom générique pour les armures.

comm. Nous avons déjà mentionné (• 37) que le Prophète conclut la paix avec les Banû an-Nadîr, à condition qu'il les expulserait (de Medine), et qu'eux pourraient garder tous ceux (de leurs biens) que pourraient transporter les chameaux, **halqa** exceptée. Or par cette stipulation d'exception, il leur saisit leurs armements.

• 3603. Si l'on conclut la paix à condition que les (ennemis) cèdent aux Musulmans les **matâ'** (biens d'usage courant) de leurs maisons, alors cela s'appliquera aux lits, aux coussins, aux rideaux et autres objets qui s'usent, dans les maisons, parmi les objets d'usage courant. Mais s'il y a des étoffes non coupées, les (Musulmans) n'y ont aucun droit.

comm. Car le terme **matâ'** est le nom spécifique pour désigner les effets qui s'usent dans la maison. Or on n'a pas ce sens dans les étoffes qui ne sont pas coupées, ni dans les vêtements que portent les gens, hommes et femmes: ces choses n'ont rien à faire avec les "**matâ'** (effets d'usage courant) dans les maisons."

• 3604. Si le traité de paix dit que reviennnent aux Musulmans les **Thaub** (vêtements), alors cela désigne les habits de lin, de coton, de laine, de soie-gazz et de soie-harîr;-

comm. Ne vois-tu pas que le marchand de tous ces tissus s'appelle (en arabe) **thaiyâb**?;-

• 3605. Mais les rideaux, les tapis (**anmât**), et les draperies des lits d'apparat (**hijâl**) font partie des "effets d'usage courant dans les maisons", et non pas des vêtements.

comm. * Car on ne les porte pas habituellement comme habits, mais on en fait 1725
usage courant dans les maisons.

suite: " (Chaibânî) dit encore: "**Bazz**"(1) comporte seulement les tissus fabriqués de lin et de coton.

(1) Coquille dans l'éd. où il ya le mot **wa** (et), après le mot **bazz**, ce qui est de trop.

comm. Cela se fonde sur la coutume (l'usage) des gens de Kûfa, car là le **bazzâz** (vendeur de **bazz**)est celui qui vend seulement ces deux espèces (de tissus), tandis que le vendeur de **hazz** (popeline) et de (**mar'izzà** (tissus de laine de chèvre), ainsi que de **ṣûf** (lainage) etc. ne s'appele pas **bazzâz.** Mais chez nous (en Turkestan) le mot **bazz** comprend également les tissus fabriqués de pure laine, car leur vendeur s'appelle bien **bazzâz.** A cela fait allusion la parole de (Chaibânî) que voici:

suite: Toutefois si le (contractant) est habitant d'un pays où le terme **bazz** comprend aussi le lainage etc., alors la (stipulation dans un traité de paix s'appliquera à ce qui est d'usage chez ces gens-là.

comm. Ce principe que nous venons de mentionner est qu'on prend en considération dans chaque lieu ce qui est d'usage dans cet endroit.

• 3606. Si les assiégés stipulent, dans la trêve, qu'on donnera l'aman à leur combattants, alors on ne leur laissera rien d'autre: ni leurs biens, ni leurs enfants, ni leurs femmes (à moins qu'il y ait précision pour d'autres choses aussi).

comm. Car l'assiégé est en état de dominé. Son but, par cette stipulation, est d'obtenir la vie sauve. En un tel cas, rien ne le suit, si ce n'est les vêtements qu'il porte et le repas qu'il est en train de manger: on leslui laisse par équité, car le sauvetage ne se réalise que par là.

• 3607. Quant aux combattants (**muqâtila**), il s'agit par là de tout homme qui a atteint l'âge des hommes adultes. On le constate parfois par des signes-comme la pollution nocturne ou la capacité de rendre (une femme) enceinte-et parfois par l'âge.

comm. Il y a à ce propos une divergence bien connue. Selon l'avis d'Abû
1726 Yûsuf et de Chaibânî, * on détermine la (majorité) par 15 années lunaires révolues, vu le récit fait par 'Abdallâh ibn 'Umar et mentionné dans ce livre (• 962 fin), ce qui est d'ailleurs bien connu.

• 3608. Donc si on sait que le jeune homme n'a pas encore eu de pollution nocturne et aussi qu'il a moins de 15 ans, alors on le considérera comme étant parmi les enfants mineurs, et non parmi les combattants, peu importe s'il a effectivement combattu ou non. De même les femmes (ne font pas partie de combattants.).

comm. Car le combattant est celui qui a le physique propre pour combattre lorsqu'il veut combattre, tandis que les femmes et les garçons mineurs * n'ont pas un physique propre aux combats. Ils ne seront donc pas considérés comme combattants même si, contrairemenet à l'habitude, ils participent aux combats. Ne vois-tu pas ceci? L'homme adulte, même s'il ne combat pas, est inclu parmi les combattants, eu égard au fait qu'il a le physique propre aux combats, bien que pour quelque raison il ne combatte pas.

• 3609. Ceux qui sont frappés de malheurs, -comme les aveugles, ceux qui sont atteint de maladies chroniques, ou qui ont main et jambes coupées- s'ils

combattent effectivement, on les traitera en combattants. Mais s'ils ne combattent pas effectivement, ils ne feront pas partie des combattants (cf III, 192 supra).

comm. Car ils avaient (à l'origine) le physique propre aux combats, mais ils ne l'ont plus (**litt.** ils l'ont quitté) par l'installation de quelque malheur. Si ce malheur ne les avait pas mis dans l'incapactié de combattre, on les aurait considérés comme combattants, en vu de ce même principe.

suite: Le malade et celui qui s'est évanoui font partie des combattants (cf III, 196).

comm. Car un tel a le physique propre aux combats, tandis que l'empêchement qui s'est installé (en lui) est chose passagère. Donc il ne cessera pas pour cela d'être un combattant, même si pour l'instant il ne combat pas. Au contraire des aveugles, car le (malheur) qui s'installe chez eux n'est pas chose passagère. Donc si leur malheur les met dans l'incapacité de combattre, ils cessent d'être des combattants.

• 3610. * Si des paysans, qui n'ont jamais combattu, se trouvent dans le fortin 1727
(assiégé), ils font partie des combattants.

comm. Car ils ont le physique propre aux combats. Si l'on disait; "Mais vous avez d'abord mentionné (cf III, 198-9) qu'on les considérerait comme des serviteurs (civils, cf III, 182), et qu'on ne les tuerait pas". Nous dirions: Nous avons alors précisé qu'il n'est pas recommandé de les tuer si l'on sait que l'affaire de la guerre ne les intéresse point. Mais il est néanmoins permis de les tuer, car ils sont capables de combattre. L"interprétation de la règle énoncée ici est que ces paysans augmentent la noirceur (=le nombre) des combatants, et c'est d'ailleurs pour cela qu'ils se trouvent dans le fortin. Voilà pourquoi je les traiterai de combattants.

• 3611. Le vieillard qui est dans l'incapacité de combattre et qui n'a pas non plus de conseils militaires à donner, ne fait pas partie des combattants. C'est pourquoi il n'est pas permis de le tuer, à l'instar de l'aveugle et du perclus (**muq'aq**). Mais si un de ces gens (exclus de la qualité de combattants) est le chef du fortin (assiégé), à l'ordre duquel ils obéissent, alors il fera (néanmoins) partie des combattants, même s'il ne participe pas effectivement aux combats. Voilà pourquoi
il est permis de le tuer quand on le capture. Il jouira donc aussi de l'aman donné (aux 1728
combattants). Quant aux esclaves, le raissonnement analogique voudrait qu'ils ne soient pas considérés comme * combattants;-

comm. Mais ils font partie du butin, (1) si l'aman a été donné aux combattants, car un (esclave) ne possede pas les moyens de combattre, que ce soit par sa personne (étant donné qu'il n'est pas libre de ses actions) ou par ses biens (qu'il ne possède pas). Mais Chaibânî a recours à l'équité et dit:-

• 3612. Si on sait qu'il a combattu en compagnie de son maître, il fera partie

(1) L'argument est que, par l'aman les combattants échappent à la capture par les Musulmans; le cas de l'esclave qui ne combat pas est différent: on le capture comme biens susceptibles de faire partie du butin.

des combattants; et s'il n'a participé aux combats en compagnie de son maître, il ne fera pas partie des combattants, au contraire il fera partie du butin.

Pour établir la différence entre l'esclave autorisé à combattre et l'esclave non-autorisé, Abû Hanîfa tire un indice, du cas de la validité de l'aman donné par un (esclave à un ennemi). Mais Chaibânî dit que la validité de l'aman accordé (par un esclave) ne depend pas du fait qu'il faisait (ou non) partie des combattants, étant donné que l'aman accordé par une femme est valide aussi; de même celui d'une personne souffrant de difformités (**dhawî al-'âhât**) est valide, et pourtant aucun de ces deux catégories ne fait partie des combattants. La vraie explication de ce problème est que l'esclave est doté du physique propre aux combats, mais il y a un empêchement qui s'interpose entre lui et les combats, vu qu'il y a, à son sujet, un titre de propriété établi en faveur de quelqu'un d'autre; mais cet empêchement s'évanouit **de jure** si l'esclave reçoit (de son maître) l'autorisation de combattre. Donc s'il combat en compagnie de son maître, nous disons que l'esclave fait partie des combattants, vu son physique propre aux combats; et s'il est de ceux qui ne combattent pas, alors il n'est pas considéré comme un des combattants, eu égard à cet empêchement, si le maître des esclaves les a mis là pour qu'ls combattent, peu importe s'ils combattent effectivement ou non, ils font partie des combattants. (Chaibânî) ajoute:

comme. Ne vois-tu pas que la plupart des soldats non-arabes au Khurâsân sont des esclaves de leurs rois, qui les vendent, se comportent envers eux comme ils veulent, et se servent d'eux pour combattre leurs ennemis?

Donc tout esclave de ce genre fait partie des combattants qu'il combatte effectivement ou non.

• 3613. Si les Musulmans et les mécréants (ennemis) divergent à propos de certains des occupants du fortin (assiégé), et que les mécréants disent: "Ce sont des gens de statut libre", mais que les Musulmans disent: "Non, ce sont des esclaves, au service de leurs maîtres", alors (en l'absence d'autre preuve), c'est à la parole des mécréants qu'il faut ajouter foi, vu qu'ils se cramponnent à la situation originelle (au **statu quo ante**).

Si l'on disait: "Ici, ce sont les (ennemis) qui ont besoin d'établir l'existence de l'aman en faveur des (esclaves). Or se cramponner à l'état originel peut servir [1] de preuve pour faire subsister le **statu quo ante,** mais non pour établir un droit inconnu
1729 auparavant". Nous dirions: * Ce n'est pas par le fait de cramponner à l'état originel qu'ils établissent l'aman en faveur de ces (esclaves): ils ne font par là qu'établir le fait ue ces (esclaves) faisaient partie des combattants. En outre, l'aman s'établit ici en faveur des combattants moyennant le texte (du contrat), et non par l'apparence des choses.

Si tout le monde est d'accord qu'il s'agit là d'esclaves, puis que les Musulmans

(1) Ainsi selon le MS de Paris, l'éd. portant: "ne peut pas servir."

disent que ces esclaves rendaient un service civil à leurs maîtres (alors que les ennemis affirment qu'ils combattaient), * alors c'est la parole des Musulmans qui 1730
prévaudra, et ces (esclaves) feront partie du butin.

comm. Car le consensus de tous établit quelgue chose qui s'interpose entre ces (esclaves) et les combats, à savoir leur statut d'esclaves. Et, ensuite, les apparences témoignent en faveur des Musulmans. Donc ces (esclaves) feront partie du butin, sauf si une preuve s'établit en faveur de ce que disent les mécréants.

suite: A ce propos on n'admettra que le témoignage des Musulmans.

comm. Car le (témoignage) doit oprérer contre les Musulmans.

• 3614. Si la plupart des occupants du fortin est composée d'esclaves du roi, et que ce soit eux qui s'occupent des combats, le reste des circonstances étant le même, la déduction analogique vouudrait que la parole des Musulmans prévaille et que ces (esclaves) fassent partie du butin; pour la raison que nous avons évoquée;-

comm. Mais selon l'équité ils seront considérés comme des combattants, et jouiront de l'aman, jusqu'à ce que la preuve s'établisse en faveur des Musulmans, à savoir que ces (esclaves) rendaient seulement un service civil à leurs maîtres.

suite: Et pour cela, même le témoignage des ennemis en guerre sera admis.

comm. Car en ce cas il doit opérer contre les ennemis en guerre. En effet les apparences veulent que ces (esclaves) soient des combattants. Et il est obligatoire de se fonder sur les apparences, concernant un sujet où il n'est pas possible de savoir la vérité.

Toutefois dans toutes les régions, comme * Byzance et autres, où la plupart 1731
des combattants proviennent des gens libres, alors leurs esclaves ne feront pas partie des combattants tant qu'on ne sait pas qu'ils aient combattu. Dans chaque cas on se fondera sur les apparences.

• 3615. Si la paix a été conclue pour donner l'aman aux combattants, à leurs familles et à leurs biens, puis que les combattants (ennemis) disent, à propos des plus précieux des biens et des meilleurs des femmes et des enfants: "Ce sont nos biens et nos familles", alors c'est à leur parole qu'il faut ajouter foi, si elle est accompagnée de serment.

comm. Car il n'est pas possible de savoir la vérité là-dessus si ce n'est de leur part, et il leur est impossible, à eux, d'établir la preuve par des témoins musulmans. Il incombe donc (aux Musulmans) d'admettre ce qu'ils disent. Cela à l'instar des choses que cache en son esprit celui-là même qui doit en informer.

Quand l'aman est octroyé aux combattants (ennemis), en jouissent aussi les (soldats) blessés.

S'ils ont été blessés dans la présente bataille, alors n'importe quelle espèce de blessure (sera prise en considération). Mais s'il s'agit de blessures reçues auparavant, il faut distinguer: S'il s'agit de blessures susceptibles de guérison, on considérera ces

blessés comme combattants; mais s'il s'agit de blessures qui ne sont pas susceptibles de guérison, comme l'amputation des deux mains ou des deux jambes, alors ces (blessés) ne sont pas des combattants. Ils feront donc partie du butin, sauf s'il s'agit de gens de conseil (officiel) selon l'avis desquels ont agi les occupants du fortin dans (l'administration) de la guerre, et qu'on les ait fait venir pour cette raison-là: alors on les considérera comme faisant partie des combattants.

• 3616. Si les occupants du fortin (assiégé) disent: "Donnez-nous l'aman à condition que nous-même choissions (pour nous) tant de têtes d'esclaves (**saby**)" et si dans le fortin il n'y a que ce nombre d'occupants, alors tous jouiront de l'aman, peu importe si, dans le contrat de paix, ils ont dit ou non: "...et le reste vous reviendra".

comm. Car on leur a donné l'aman en précisant le nombre, dans le texte (du contrat). Ils sont donc comme les héritiers à quotes-parts déterminées (**ashâb al-farâ'id**), en compagnie d'héritiers ayant droit seulement au résidu (**'aşba**): si après partage des biens du défunt entre les héritiers à quote-part déterminée il n'en
1732 reste rien, * les héritiers ayant droit au résidu ne reçoivent rien. (Chaibânî) mentionne ensuite: Si les (assiégés) stipulent qu'on donne l'aman aux membres de leurs maisons (**ahl al-bait**)... Nous avons déjà parlé de cela dans les chapitres de l'aman (cf § 428, 431, 598, 641, 656-661), mais (Chaibânî) ajoute ici ce qui suit:

• 3617. Les "membres de la maison" de quelqu'un sont ceux qui sont à sa charge et pour lesquels il dépense dans sa maison, qu'il y ait ou non une parenté entre lui et eux.

comm. Dans le texte précédent, (Chaibânî) avait dit:

suite: "Les membres de sa maison sont ses pranets paternels, descendants du plus anciens père (ancêtre) par lequel ils soient connus" (cf • 431 **comm.**) et ici aussi il a [1] répété la même explication.

En somme, si la "maison" désigne la maison habitée, alors le terme en discussion désignera tous ceux des habitants de sa maison pour lesquels il supporte des charges; et si la "maison" désigne la maison généalogique, alors tous ceux qui descendent du plus ancien père connu sont les membres de sa maison. Si le sens voulu (dans le contrat) n'est pas connu, les deux catégories de (membres de la maison) seront visées par l'aman accordé, étant donné que l'aman se fonde sur l'interprétation large (avec de la latitude). Donc tous ceux dont la situation blance entre l'immunité et la non-immunité jouiront de l'immunité, étant donné que l'interdiction l'emporte sur la licéité! Cela au contraire du cas du testament (où l'on interprète plus strictement, comme on en a déjà parlé, • 434-5).

• 3618. Si la paix a été conclue en faveur des hommes et de leurs "**ahl**" , alors **ahl** désigne ceux dont on supporte les charges dans sa maison.

comm. Mais cette définition est selon l'équité, bien que le raisonnement

---

(1) Ainsi selon le MS de Beyrout, l'éd.: "nous avons."

analogique eût exigé que le terme **ahl** s'appliquât seulement à l'épouse. Nous l'avons déjà mentionné (• 428). Il faut noter toutefois que le term **ahl** ne comprend que les seuls dépendants (**'iyâl**), au contraire du terme **ahl al-bait** (membres de la maison). Ensuite (Chaibânî) mentionne le rançonnement d'un prisonnier au moyen d'un prisonnier (=échange de prisonniers) ainsi que la façon de rédigar le document à ce sujet (et dit):

• 3619. * Si la paix est conclue avec la condition que les Musulmans livreront 1733
aux (ennemis-mécréants) cent têtes (de prisonniers) et que le mécréants aussi livreront aux Musulmans cent têtes; si, ensuite, les Musulmans voient que les prisonniers se trouvant en la main des mécréants n'atteignent pas le nombre de cent * têtes, alors il ne faut pas que les Musulmans rompent la paix, il faut au contraire qu'ils donnent aux (ennemis) un nombre de prisonniers équivalent à ceux qui setrouvent en leur main, qu'il y en ait peu ou beaucoup.

comm. Car il a ainsi été stipulé. La partie sera donc considérée comme un tout en elle-même. Et il n'est pas bon pour les Musulmans de laisser un Musulman sans le libérer par rançon, même s'il n'y a que lui seul (aux mains des ennemis).

• 3620. Si les mécréants cachent les prisonniers forts, pour ne montrer que les vieux et ceux d'entre les (prisonniers musulmans) qui sont atteints de maladies chroniques, alors il ne faut pas que les Musulmans s'abstiennent d'échanger les prisonniers contre ceux-là;-

comm. Car le respect dû à ces (vieux et malades) est comme celui qu'on a pour les fortes, quand les (ennemis) en présentent. On les accepte pour le rançonnement (par échange de prisonniers), en raison du respect dû aux Musulmans;-

• 3621. Exception faite du cas où les Musulmans espèrent que s'ils refusent les vieux pour l'échange de prisonniers, les (ennemis) présenteront les (autres) prisonniers musulmans qu'ils ont cachés; alors pas de grief à ce que les (Musulmans) s'abstiennent de faire l'échange contre les (prisonniers musulmans) présentés par les (ennemis). Et cela en raison de l'intérêt qu'il y a. Mais si les (ennemis) refusent de présenter ceux (qu'ils ont cachés), alors il incombe au chef de l'Etat musulman de procéder au rançonnement (à l'échange) moyennant ceux que les (ennemis) présentent. Sauf quand cela représente un affront manifeste à la cause des Musulmans et un enhardissement contre eux: alors il incombe au chef de l'Etat musulman de ne pas procéder au rançonnement (à l'échange) moyennant ces (vieux et malades), et cela pour éviter aux Musulmans l'humilation.

comm. Ne vois -tu pas que si les (ennemis) disaient: "Nous ne voulons échanger un Musulman que contre cent hommes d'entre les mécréants", il serait loisible au chef de l'Etat musulman de s'en abstenir? Bien qu'un seul individu d'entre les Musulmans vaille mieux que cent hommes d'entre les mécréants. Mais pour éviter l'affront, il lui est loisible de s'abstenir d'un tel (échange disproportionné). Il en sera donc de même dans ce qui précède (au sujet des vieux et des malades).

• 3622. Si les émissaires (ennemis) demandent l'immunité pour leurs **ahl** (familles) et leurs biens, à la condition qu'ils nous livreront le fortin (assiégé), et si nous avons accepté cela mais voilà que ces émissaires n'ont ni familles ni biens, alors l'immunité donnée visera seulement leurs personnes, à l'exclusion de tout autre (objet).

comm. Car on donne protection pour quelque chose d'existant, et non pour ce qui est inexistant. Donc si dans le fortin ils n'ont ni familles ni biens, l'immunité accordée vise quelque chose d'existant et cela concerne leurs personnes; quant à l'inexistant (non visé par l'immunité), cela concerne tout le reste.

• 3623. A supposer qu'ils prétendent que tous les biens qui existent dans le fortin sont leurs, et qu'ils le jurent par serment, alors c'est à leur parole qu'il faudra ajouter foi.

comm. Pour la raison que nous avons déjà mentionnée, à savoir que la vérité sur ce sujet ne peut être connue que de leur part.

• 3624. Si on leur accorde l'immunité pour leur **dhurrîya** (progéniture), *
1734 alors, comme nous l'avons déjà mentionné (cf. 464-466), le term **dhurrîya** comprend les enfants et les enfants des enfants; ici, les enfants des fils et les enfants des filles sont pareils.

comm. Ne vois-tu pas que Dieu a nommé (Q. 6/85) Jésus comme étant de la **dhurrîya** d'Adam?(1) Ainsi selon le MS de Beyrout, l'éd.: "nous avons."

Et le terme **nisâ'** (femmes) ne comprend que les épouses. Ains Dieu a dit (Q 58/2): **"Ceux d'entre vous qui comprennent leurs femmes (=épouses) au dos de leurs propres mères..."**, de même (Q 2/226): **"Pour ceux qui sous serment se proviennent de leurs femmes (=épouses)...."**

Comm. Dans ces cas le mot "femmes" signifie seulement "épouses".

Le terme **nasl** est l'équivalent de dhurrîya. Quant au terme **aulâd**, il ne comprend, selon l'avis d'Abû Hanîfa, que les enfants directs (cf. 467).

comm. Car au sens propre, ce sont eux que ce mot désigne; quant aux
1735 enfants-des-enfants, * ce terme ne les comprend qu'au sens figuré. Donc quand le sens propre est voulu, on n'appliquera pas ce terme au sens figuré.

• 3625. Certes si quelqu'un de ceux qui ont conclu la paix (pour l'immunité de leurs enfants) n'a pas d'enfants directs, alors ce sont les enfants de sa fille qui en jouiront.

comm. Car ces individus sont ses enfants au sens figuré. Or quand il est impossible d'appliquer le mot au sens propre, il faut l'appliquer au sens figuré.

Quant aux enfants de la fille, ils ne sont pas (au sens propre) ses enfants.

---

(1) A lire Noé, au lieu d'Adam qui provient du **lapsus calami**. On sait que selon les Musulmans, Jésus n'avait pas de père , étant né miraculeusement d'une mère vièrge de façon immaculée.

A ce propos il y a divergence de narration (quant à l'avis de Chaibânî). Nous en avons déjà parlé dans les chapitres de l'aman (§ 467, 468).

suite: Le terme **banîn** (pluriel d'**Ibn,** fils) comprend, à propos de l'aman, les enfants des deux sexes (**litt.** mélangés).

comm. C'est l'avis de Chaibânî.

suite: Mais si on déduit (la règle) analogiquement à partir de l'avis d'Abû Hanîfa, ce terme ne s'appliquera qu'aux enfants de sexe masculin.

comm. (Chaibânî) veut parler ici du cas du legs fait en faveur des "fils d'un tel". Nous en avons également parlé dans les chapitres de l'aman (cf § 472) et avons dit qu'à propos de l'aman l'avis d'Abû Hanîfa est conforme à celui de Chaibânî, et cela au titre de l'équité, vu que l'aman se fonde sur l'interprétation large (avec latitude), de sorte que si l'on incluait, à ce propos, les filles avec les fils, le droit des fils ne seraient aucunement lésé, au contraire du cas du legs (où l'argent disponible est limité, et où l'inclusion d'autres bénéficiaires diminue la quote-part des destinataires originels du legs).

* **suite:** Le terme **walad** (enfant) inclut aussi bien les fils que les filles. 1736

comm. Car c'est un mot qui s'applique à tous ceux qui sont engendrés.

• 3626. Si les Musulmans entrent sur le territoire ennemi sans avoir obtenu de sauf-conduit (c.-à-d. en expédition militaire) et qu'ils passent par une église, il n'y a pas de grief à ce qu'ils la détruisent, l'incendient, l'emploient pour faire leurs besoins naturels, et même qu'ils l'emploient comme dortoire en compagnie de leurs épouses. (1) Car elle est comme n'importe quelle autre des maisons de l'ennemi. Elle est même moins prestigieuse, aux yeux des Musulmans, eu égard à la grande désobéissance à Dieu qu'on y pratique.

comm. (Chaibânî) veut par là faire une différence entre les synagogues, les églises et les temples du feu, d'une part, et les mosquées, d'autre part. Car la mosquée, lieu où les Musulmans célèbrent leurs offices, est faite pour qu'on y établisse les actes d'obéissance à Dieu (=le culte); elle est donc préservée du (risque) que le droit de l'homme s'y exerce, et est réservée à Dieu seul. En effet Dieu a dit (Q 72/18): **"Oui, les mosquées sont pour Dieu...."** Elle est comme la Ka'ba (Maison dédiée à Dieu). Voilà pourquoi il n'est pas permis d'y pénétrer en état de pollution rituelle, d'y coucher avec sa femme, ou d'y faire ses besoins en fait d'urine ou

---

(1) Dans la triste histoire de l'humanité, les Musulmans ne furent pas les seuls à se permettre la profanation des lieux de culte des autres religions. Même si l'on fermait les yeux sur la profanation des temples idolâtriques, il fallait quand même avoir un traitement possédant des livres révélés par Dieu, car elles sont monothéistes et adorent Dieu, comme les Musulmans eux-mêmes. Notre auteur ne semble pas avoir médité sur le verset du Q'ur'ân (22/40), où les synagogues et les oratoires sont signalés à côtés des mosquées comme lieux d'adoration de Dieu. En tout cas, l'avis qu'il donne ici lui est personnel et n'est fondé ni sur le Qur'ân ni sur la pratique du Prophète, vraies sources de la loi islamique. D'ailleurs je ne connais personnellement aucun cas de l'application de cet avis de Chaibânî.

d'excréments. Au contraire, ses endroits-là (les églises etc.) sont fait pour l'adoration d'autres que Dieu le Très-Haut. Donc leur statut est le même que celui des maisons des (non-Musulmans).

• 3627. Si un belligérant sollicite un sauf -conduit pour son **ahl** (famille), ses **walad** (enfants) et sa propre personne, avec la condition qu'il guidera les Musulmans jusqu'aux habitants d'un village (ennemi) où se trouvent sa famille et ses enfants, -cette chose est licite.

comm. Dans son livre, (Chaibânî) donne la formule d'un tel document de trêve, puis il poursuit:

• 3628. S'il les quide jusqu'à un village où il y a des gens à capturer et à
1737 réduire en esclavage, -peu importe * qu'il y en ait peu ou heaucoup-il a rempli ce qu'il avait promis; il jouira donc de l'aman, étant donné qu'il a fait que la chose stipulée a eu lieu. Mais si dans ce village il n'y a presonne d'autre que sa famille et ses enfants, alors lui, sa famille et ses enfants deviendront butin pour les Musulmans.

comm. Car il avait garanti, par ce pacte, de guider (les Musulmans) Jusqu'à un village où il y avait des gens à capturer, et où il y avait aussi sa famille et ses enfants. En effet les Musulmans ont fait dépendre de ce fait l'aman qu'ils lui accordaient. Donc s'il ne guide pas à un tel village, il ne profitera pas de l'aman donné.

suite: Il en sera de même s'il y a seulement une personne ou deux à part sa famille et ses enfants.

comm. Car la condition était qu'il y ait, dans le village, des gens à capturer (**saby**), mis à part la famille et les enfants de cet homme. Or le terme **saby** est un nom pluriel, et la moindre nombre, pour un pluriel, est trois (étant donné qu'en arabe il y a un duel à côté du pluriel).

• 3629. Si cet homme dit: "Il y avait, dans ce village, des gens à capturer, mais ils sont partis", il ne jouira pas de l'aman.

comm. Car on a fait dépendre l'aman du fait que cet homme guiderait les (musulmans) jusqu'à un village où il y aurait des gens à capturer. Or en ce moment il n'y a pas, dans ce village, de gens à capturer. En outre, le but était que les Musulmans aient la capacité de capturer des gens, grâce à la conduite de cet homme; donc si ceux qui s'y trouvaient sont partis avant que cet homme ait conduit (les Musulmans) jusqu'à eux, le but en vue n'a pas été atteint.

• 3630. Mais à supposer qu'on ait déjà octroyé l'aman à cet (ennemi) quand il s'est rendu dans le campement (musulman) et s'il dit par la suite: "Vous me donnerez l'"aman pour ma personne, ma famille et mes enfants, à condition que je vous conduise jusqu'aux habitants de tel village; si je ne remplis pas (la condition),
1738 alors pas d'aman entre moi * et vous", si ensuite il conduit les (Musulmans) jusqu'à un village où il n'y a personne d'autre que sa famille et ses enfants, alors sa famille

et ses enfants feront partie du butin tandis que lui-même continuera de jouir de l'aman.

comm. Car son aman était déjà établi avant la stipulation de cette condition; mais quant à l'aman pour sa famille et ses enfants les Musulmans l'ont fait dépendre de ce que cet homme les conduirait sur un certain chemin, chose qui n'a pas eu lieu. Donc l'homme subsiste dans son aman, comme auparavant, étant donné qu'une fois que l'aman a été établi en sa faveur, l'homme en jouit tant qu'il n'a pas atteint le lieu de sa sécurité. Sa parole: "...alors, pas d'aman entre moi et vous" n'équivaut pas à ce qu'on l'ait * fait parvenir au lieu de sa sécurité; voilà pourquoi l'aman qu'on lui a 1739
donné ne s'annule pas par là, au contraire du cas précédent, car là on avait fait dépendre l'aman pour lui aussi bien que pour sa famille et ses enfants, de la conduite qu'il ferait jusqu'au village comportant des gens à capturer, de sorte que s'il n'y condisait pas, il ne jouirait pas de l'aman.

• 3631. Si cet homme a nommé un chiffre précis de gens à capturer par les Musulmans sur sa conduite, à condition que les Musulmans lui donneraient l'aman pour sa vie: s'il remplit la condition... sinon pas d'aman pour lui. En outre s'il les conduit à un nombre de gens moindre que celui qu'il a nommé, (pas d'aman pour lui), il fera partie du butin;-

coom. Car la condition dont on avait fait dépendre son aman n'a pas eu lieu;-

• 3632. En outre, selon la déduction analogique il serait licite aux Musulmans de le mettre à mort-comme ils le pouvaient avant la sollicitation de l'aman par cet homme, -mais selon l'équité, il ne leur est pas licite de le mettre à mort.

comm. Car il a quand même rempli une partie de la stupulation. S'il avait rempli la chose stipulée intégralement, il échapperait aussi bien à la peine de mort qu'à l'esclavage. L'accomplissement d'une partie de la chose stipulée (**litt.** fait hériter) quelque doute. Or la peine de mort tombe, quand il y a du doute. Il en est ainsi parce que la condition stipulée a un sens de contre-partie, eu égard au bénéfice qui échoit aux Musulmans. Et l'on prend en considération le sens d'une condition selon ses apparences. Si nous prenions en considération le sens de la condition, il serait licite aux (Musulmans) de le mettre à mort, étant donné que la condition correspond à son complément (=à la chose stipulée); mais si on prenait en considération, le sens de contre-partie (**'iwad**), l'homme jouirait de l'aman. Donc dans les cas où (la peine) tombe dès qu'il y a des doutes-ici, la peine de mort, -nous préférerons le sens de la contre partie; et dans les choses qui s'établissent malgré le doute, nous préférerons prendre en considération le sens de la condition stipulée, de sorte qu'il sera licite de le réduire en esclavage.

Après cela, (Chaibânî) cite la formule du document où il y a des otages des deux côtés ou d'un côté seulement. Mais nous avons déjà épuisé ces discussions dans les paragraphes précédents. Et Dieu sait mieux!

1740 *** Chapitre (165)**

DU MARIAGE DES BELLIGÉRANTS (NON-MUSULMANS), DONT LE PAREIL N'EST PAS LICITE SUR LE TERRITOIRE ISLAMIQUE

• 3633. Si un belligérant embrasse l'Islam cependant qu'il a deux épouses qui sont des soeurs germaines: s'il les a épousées par un même contrat de mariage, alors le mariage avec elles deux * devient nul et non avenu; mais s'il les a épousés par deux contrats (successifs), et que toutes les deux femmes embrassent l'Islam en même temps que lui, alors le mariage avec la première est correct, et le mariage avec la deuxième est nul.

comm. Ceci selon l'avis d'Abû Hanîfa et d'Abû Yûsuf; c'est également l'avis d'Ibrâhîm (an-Nakha'î) et de Qatâda. Mais selon Chaibânî, il est égal que cet homme ait épousé les deux (soeurs) par un même contrat ou par deux contrats différents: dans des deux cas on lui donnera le choix pour choisir l'une d'elles et se séparer de l'autre.

• 3634. Mais si la même chose a été faite par un Dhimmî sur le territoire islamique, puis qu'il embrasse l'Islam- et elles deux aussi, en sa compagnie - alors la réponse sera (unanimement) comme l'a dit Abû Hanîfa.

comm. Car un Dhimmî est assujetti à la loi islamique en ce qui concerne les affaires contractuelles (1) (**mu'âmalât**, et non religieuses). Or la loi islamique interdit de réunir (deux soeurs dans le mariage, comme l'interdit aussi la Bible). Quand le mari (**litt.** entrepreneur) est assujetti à la loi islamique, c'est donc comme si, dès l'origine, ce mariage avec deux soeurs n'avait pas eu lieu correctement. Au contraire
1741 les ennemis en guerre ne sont pas assujettis à la loi islamique * donc à l'origine le mariage avec elles deux a eu lieu de façon correcte, vu que la loi (**litt.** la parole) interdisant de réunir deux soeurs dans le mariage ne s'applique pas à eux. Donc une fois que le mariage a eu lieu correctement, si par la suite l'interdiction frappe une partie (= une des deux épouses), c'est le choix qui s'impose et non la séparation judiciaire. Ce sera à l'instar d'un Musulman qui divorcerait d'avec une de ses quatre épouses-mais indéterminées- en mettant l'accent sur le divorce et le répétant par trois fois. Puis, en se fondant sur le même principe, Chaibânî poursuit:

• 3635. Si un Dhimmî épouse une femme sans lui avoir promis de salaire d'honneur (**sudâq**), puis que tous deux embrassent l'Islam, cette femme recevra un salaire d'honneur semblable à celui de ses proches parentes, au contraire du cas d'un belligérant.

comm. Nous l'avons expliqué dans le livre (**Mabsût**, 5/41 et 64). (Chaibânî) poursuit.

---

(1) Voir plus bas IV, 88 pour la précision que la loi islamique ne lui est appliquée que quand il préfère le tribunal de la loi islamique à celui de sa propre communauté.

• 3636. Chercher une femme moyennant certain biens (le salaire d'honneur) est un règle qui est particulière aux membres ordinaires de la communatué (musulmane), à l'exception du Prophète lui-même, cela à l'instar de la loi interdisant d'avoir plus de quatre épouses, loi qui est particulière aux membres ordinaires de la communauté à l'exception du Prophète. [1] En outre, ni l'une ni l'autre de ces règles ne s'applique aux belligérants (non-musulmans), c'est-à-dire ni le salaire d'honneur, ni la limitation du nombre des épouses).

comm. Quant à Abû Hanîfa et Abû Yûsuf, ils disent que l'obligation de faire objection (au mariage d'un ex-belligérant), après sa conversion à l'Islam, survient à cause de la réunion (deux soeurs dans son mariage). Or le fait d'être unie avec sa soeur dans le mariage s'applique aussi bien à l'une qu'à l'autre; et dans les choses qui se perpétuent, les perpétuer a la même signification que les commencer. Voilà pourquoi on considérera ce contrat de mariage comme si **de jure** il avait eu lieu après la conversion de l'homme à l'Islam. Donc s'il les a épousées toutes les deux (soeurs) par un même contrat, son mariage avec elles deux deviendra nul et non avenu; mais s'il les a épousées par deux contrats différents, son mariage avec la deuxième sera nul. Il en sera de même en ce qui concerne le mariage avec plus de quatre femmes.

Ne vois-tu pas que l'interdiction [2] en est faite aux Dhimmîs aussi de la même façon? Tout comme les belligérants ne sont pas assujettis à l'interdiction de réunir
(deux soeurs simultanément dans le mariage), de même les Dhimmîs n'y sont pas
non plus assujettis. Voilà pourquoi, quand les (Dhimmîs) ont cette partique, * le 1742
chef de l'Etat musulman n'intervient pas tant qu'eux-mêmes n'auront pas porté (le cas) devant lui. Pour cette raison, Abû Hanîfa fait égaux les Dhimmîs et les belligérants, dans le mariage conclu sans un salaire d'honneur pour la femme.

comm. Après cela, Chaibânî, dans son livre, tire argument des récits qu'il cite, pour prouver son avis, et il a donné les chaînes des narrateurs pour chaque récit.

Ainsi, il est rapporté par 'Abdallâh ibn 'Umar que Ghailân ibn Salama ath-Thaqafî embrassa l'Islam alors qu'il avait dix femmes. Le Prophète lui dit: "Choisis quatre d'entre elles". Quand 'Umar devint calife, Ghailân divorça d'avec toutes ses femmes et partagea ses biens entre ses seuls fils. 'Umar l'appela et lui dit: "Tu as divorcé d'avec tes femmes et tu as partagé tes biens entre tes fils?" Il dit: "Oui", Alors 'Umar: "Je vois qu'un diable a cherché à voler l'écoute (cf Q. 15/18) et il a entendu que tu ailles mourir, puis il a lancé dans ton esprit cette (idée de priver les femmes). Il se peut que tu ne vives que pour peu de temps. Je jure par Dieu que

---

(1) Sans doute l'auteur pense-t-il au verset 33/50 qui parle des femmes qui furent licites au Prophète. Cette liste est plus restrictive que celle des femmes qui sont licites à un Musulman ordinaire. Quant au nombre maximum de quatre femmes, il est vrai que le Prophète exigeait de ses fidèles, depuis la révélation de cette règle, qu'on divorce d'avec le nombre excédent si quelqu'un avait déjà épousé plus de quatre femmes; et si le Prophète a gardé toutes les 9 femmes, ce n'est pas par privilège, encore moins pour violer la loi. (Voir, pour plus amples détails, notre traduction du Coran, note sur 33/52).

(2)Ainsi الحرمة (interdiction) dans le MS de Paris, l'éd. a: الجزية

si tu ne reprends pas tes femmes, et ne reprends pas tes biens (partagés), puis que tu meures, je donnerai quand même leur quote-part d'héritage à ces femmes, puis je donnerai ordre qu'on prenne l'habitude de lapidre ton tombeau comme on lapide le tombeau d'Abû Righâl. [1]" Chaibânî ajoute: "Je pense que Ghailân avait fait cela pendant sa (dernière) maladie".

Il cite encore, sur l'autorité de Muhammad Ibn 'Abdallâh, qu'Abû Mas'ûd Ibn 'Abd Yâlîl Ibn 'Amr Ibn 'Umair ath-Thaqafî embrassa l'Islam alors qu'il avait huit femmes. On lui fit choisir quatre d'entre elles.

Chaibânî continue: Un narrateur digne de confiance- (?Abû Yûsuf) -nous rapporte, d'après 'Abdallâh ibn Lahî'a, celui-ci d'après Abû Wahb al-Jaichânî qui précise que Fairûz ad-Dailamî le rapportait de son père, que celui-ci a dit: "J'ai embrassé l'Islam alors que j'avais deux soeurs pour épouses; le Prophète me donna ordre de me séparer de l'une d'elles". Chaibânî ajoute: Ce Fairûz ad-Dailamî était un
1743 de ces Persans qui s'étaient * installés à Ṣan'â; il embrassa l'Islam et ce fut un Musulman sincère.

• 3637. Le cheikh (Sarakhsî) dit: Abû Hanîfa (connaissait ces traditions, mais il) les interprète de deux façons:

comm. Primo, ces mariages avaient à l'origine été célébrés avant la révélation (dans le Qur'ân) de l'interdiction de réunir (deux soeurs germaines dans le mariage). Une telle évantualité n'existe plus de nos Jours.[2]

Secundo, quand le (Prophète) lui dit: "Choisis l'une des deux (soeurs)", ou: "choisis quatre d'entre tes épouses", il voulait dire: "Fais-le par un contrat de mariage renouvelé", au lieu de les garder sur la base de l'ancien contrat de mariage. En effet Abû Hanîfa est de cet avis.

Ensuite (Chaibânî) cite le cas où l'un du couple marié embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, et l'essentiel de ce (qu'il dit) est que:

Si le mari embrasse l'Islam, alors que sa femme est une scripturaire Juive ou Chrétienne), elle restera sa femme.

comm. Car il est licite à un Musulman d'instituer son mariage, **ab intio**, avec une telle femme; il lui sera licite, à plus forte raison, de le perpétuer.

• 3638. Si elle n'est pas une scripturaire-ou encore si la femme seule embrasse l'Islam-cela restera en suspens durant trois menstures à l'expiration desquelles la séparation s'ensuivra.

comm. Car une fois que le mariage a été correctement contratcté, il faut qu'ait lieu une cause qui oblige à la séparation. Or la seule conversion à l'Islam n'est pas capable d'être une telle cause. Certes l'Islam est une cause pour confirmer le titre de propriété (ici, le droit de cohabitation). A noter que la mécréance de la partie qui

(1) Sur lui voir "**Le Prophète de l'Islam**", par Hamidullah, 1, 318-9

(2) S'il veut dire un mariage **ab initio** avec deux soeurs germaines, certes les Musulmans connaissant leur religion ne le feront pas, mais il y a la possibilité de la converison à l'Islam des paiens l'avant fait.

persiste sur sa religion non-islamique) existait déjà (lors du mariage); elle ne peut donc pas avoir une influence pour la séparation (du couple marié). toutefois il est devenu impossible que ce mariage se perpétue. C'est pourquoi nous disons que la séparation entre les deux époux sera suspendue jusqu'à l'expiration du délai légal d'attente, vu que l'expiration du délai légal a de l'influence sur la séparation entre les époux, (par exemple) dans un divorce révoquable (=le délai passé, le divorce devient définitif s'il n'est pas révoqué auparavant). A supposer que le couple se trouve sur le territoire islamique, on présentera l'Islam par trois fois * à celui du 1744
couple qui persiste dans la (mécréance), et s'il refuse de l'accepter, la séparation du couple s'ensuivra. Si la présentation de l'Islam devient impossible-parce que la juridiction du chef de l'Etat musulman ne s'exerce pas sur ce (territoire ennemi), nous remplaçons les trois présentations de l'Islam par trois périodes de menstrues.

• 3639. Si celui des deux époux qui a embrassé l'Islam émigre en territoire islamique avant l'expiration des trois menstrues, la réponse est la même, selon les Juristes du Hijâz, mais selon ceux de l'Iraq, la séparation a lieu enter les deux époux , à cause de la différence des deux territoires, **de facto** aussi bien que **de jure.**

comm. Car celui des ennemis en guerre qui reste sur le territoire ennemi est considéré, pour celui qui est sur le territoire islamique, comme un mort. En effet Dieu a dit (Q 6/122): **"Quoi! En voici un qui était mort, puis Nous lui avons donné la vie et lui avons assigné une lumière avec quoi marcher.."**[1]

• 3640. En ce qui concerne Zainab fille du Prophète, et sa restitution à son mari Abu'l-'Aş, [2]) les récits ont divergé à ce propos: 'Amr ibn Chu'aib rapporte d'après son père, d'après son grand-père (= 'Abdallâh Ibn 'Amr Ibn al-'Aş), que le Prophète la restitua à son (mari) par un mariage renouvelé. Mais 'Amir ach-Cha'bî rapporte qu'il la lui rendit en vertu du mariage originel. Si la restitution eut lieu par un mariage renouvelé, cela appuie notre thèse; mais si la restitution eut lieu en vertu du mariage originel, il faut l'interpréter-comme l'a précisé az-Zuhrî- en ce sens que cela eut lieu avant la révélation des règles sur les quotes-parts d'héritage. [3] Le (commentateur du Qur'ân) Qatâda a dit que l'affaire (de cette restitution) avait eu lieu avant la révélation de la sourate 9 (où tous les rapports avec les paiens sont dénoncés [4]). Ach-Cha'bî, à son tour, dit que cette affaire eut lieu avant la révélation

---

(1) Il veut dire que dans ce verset la conversion à l'Islam d'un certain mécréant est assimilée à un mort auquel Dieu a donné vie.

(2) Cf Hamidullah, **op.cit.**, I. 149-150. (Elle avait embrassé l'Islam et émigré à Medine, tandis que son mari était resté à la Mecque, dans sa mécréance. Plusieurs années plus tard, lui aussi embrasse l'Islam. Le Prophète lui restitua son épouse.

(3) La loi de l'héritage est mentionnée dans la sourate 4/11-12 et 176, mais la règle que la différence de religions entre le défunt et son héritier constitue une barrière, n'est pas dans le Qur'ân mais dans le hadith. L'auteur semble vouloir dire que les deux datent de la même époque.

(4) Peut -être se réfère-il au verset 9/24: "**Dis: Si vos... épouses et vos clans** ... vous sont plus chers que Dieu et Son messager et la Lutte dans le sentier de Dieu, alors attendez que Dieu fasse venir son commandement! Et Dieu ne quide pas les pervers". D'autres versets de ce chapitre dénoncent également avec véhémence les rapports avec les mécréants.

du verset (60/10): **"...et ne gardez pas les liens conjugaux avec des mécréantes..."**

De ce que disent ces auteurs, il ressort que la règle (de la restitution de la femme sans renouvellement du mariage) est abrogée par la révélation (d'une
1745 quelconque) de ces versets-là; * de plus, quand il y a différence de territoires entre les deux époux, aussi bien **de facto** que **de jure,** le lien de mariage ne subsiste plus.

Certes az-Zuhrî cite le fait que certaines Quaraichites (de la Mecque) embrassèrent l'Islam lors de la conquête de la Mecque par le Prophète, alors que leurs maris s'étaient enfuis et que, plus tard, quand ceux-ci rentrèrent et embrassèrent eux aussi l'Islam, le Prophète restitua ces femmes à leurs maris, en vertu du mariage originel. Ainsi on parle d'Umm-Hakîm, épouse de 'Ikrima Ibn Abû Cahl, [1] et aussi de (...) femme de Hakîm ibn Hizâm[2] : leurs maris s'étaient sauvés pour atteindre le bord de la mer, mais comme cette région maritime faisait partie des frontières de (la région de) la Mecque, on l'avait considérée comme conquise, par la conquête de la Mecque. Donc il n'y eut pas de différence de territoires entre ces femmes et leurs maris.

On rapporte qu'Abû Sufyân embrassa l'Islam à Marr az-Zuhrân, dans le campament même de Prophète, que sa femme Hind, restant paienne, se trouva à la Mecque (qui n'était pas encore conquise), et que plus tard, quand elle embrassa l'Islam, le Prophète le rendit (à son mari), en vertu du mariage originel. A ce propos il y a des gens qui disent que ce (retour de la femme) date d'une époque où la conversion d'Abû Sufyân devint en effet sincère, et ces auteurs sont unanimes pour dire qu'au moment de sa conversion, son islamisation ne fut pas bien sincère que le Prophète lui accorda protection (seulement) sur l'intercession de son oncle al-'Abbâs.[3]

comm. Ne vois -tu pas, en effet, ce qui est rapporté? Abû Sufyân, (voyant passé l'armée du Prophète) avait fait remarquer à al-'Abbâs: "En vérité ton neveu a obtenu une royauté, c'est la dignité de Prophète". Alors Abû Sufyân : "Est-ce ainsi?" Or un Musulman bien sincère ne saurait pas parler de cette façon. [4]

Puis (Chaibânî) cite le récit de 'Abdallâh ibn Abû Bakr, que voici:

• 3641. Umaima fille de Bichr se réfugia auprès du Prophète tout en
1746 embrassant l'Islam. Son mari resta païen dans le territoire du paganisme. * Quand le délai légal d'attente expira, le Prophète la maria avec Suhail Ibn Hunaif. Plus tard

(1) Hamidullah, op. cit., I, 176. Le Maghâzi de Wâqidî (MS de Londres fol. 191 b donne toute une liste de ces fuyards.

(2) Une telle histoire sur la conversion de Hakîm n'est pas connue. Wâqidî, op. cit., fol 192 b dit même au contraire que Hakîm embrassa l'Islam avant sa femme, et que le mariage continua. Donc la règle tient.

(3) Hamidullah, Op. cit. I, 173.

(4) L'auteur veut dire que le problème du mariage d'un Musulman avec une paienne ne se posa pas de facto dans ce cas, et qu'Abû Sufyân et sa femme ont embrassé l'Islam en même temps, après la conquête de la Mecque.

son (ancien) mari se rendit auprès du Prophète) pour embrasser lui aussi l'Islam. Mais le Prophète ne lui rendit pas (son ancienne épouse).

comm. Cela indique que la séparation avait eu lieu à cause de la différence des territoires. Chaibânî tire argument de ce récit pour dire qu'une réfugiée (convertie) a l'obligation d'attendre un délai légal avant de se remarier avec un Musulman. Abû Hanîfa n'est pas d'avis qu'on exige d'elle cette attente du délai légal, et il la considère au méme titre que la captive (prisonnière réduite en esclavage, dont le délai d'attente est plus court), car dans les deux cas la séparation a lieu à cause de la différence des territoires (du mari et de la femme); en outre le récit ne mentionne pas que Umaima ait attendu le délai légal par ordre du Prophète.

Puis il cite Sa'îd Ibn Jubair qui dit:

• 3642. "Si une (=ta) femme rejoint (se réfugie en) territoire belligérant, ne la compte pulus parmi tes épouses". (Et ajoute:) Nous nous y tenons et disons qu'une apostate, qui renie l'Islam, -ou une Dhimmîya qui rompt le pacte de naturalisation - (et gagne le territoire ennemi), est définitivement divorcée d'avec son mari (qui se trouve sur le territoire islamique). Cela à cause de la différence des territoires, aussi bien **de facto** que **de jure,** étant donné qu'elle est devenue une ennemie en guerre. Toutefois elle n'a pas besoin, dans ce cas, d'observer le délai légal (pour se remarier).

comm. Car l'observance du délai légal est une règle de la loi islamique; or une ennemie en guerre n'est pas sujette à cette (règlè), au contraire de la femme qui se réfugie (sur le territoire islamique); tel est (du moins) l'avis de Chaibânî. Selon Abû Hanîfa, toutes deux sont pareilles devant la loi; toutefois celle qui s'est réfugiée (en territoire islamique) ne doit pas se remarier, si elle est enceinte, tant qu'elle n'aura pas accouché. Cela, non pas que lui incombe l'observance d'un délai légal, mais parce qu'elle porte dans son ventre un enfant dont la généalogie est déjà établie (pour son ancien mari). Elle est comme une **umm walad,** esclave que son maître aurait rendue enceinte.

• 3643. Al-Hasan a rapporté l'avis d'Abû Hanîfa, selon lequel si une (réfugiée enceinte) se remarie, le mariage est valide, mais son (nouveau mari), ne doit pas s'approcher d'elle tant qu'elle n'aura pas accouché, afin qu'il n'arrose pas de son eau le champ cultivé par autrui. Il en sera d'elle comme d'une prisonnière réduite en esclavage et que son maître (musulman) épouserait alors qu'elle est enceinte (toute en l'émancipant).

• 3644. * Si un ennemi en guerre épouse, sur le territoire ennemi et par une 1747
même contrat de mariage, une femme et sa fille à elle, -ou même par deux contrats différents, puis que toute la famille embrasse l'Islam avant que l'homme ait consommé le mariage avec aucune d'elles, alors selon Abû Hanîfa il lui faut distinguer: S'il a épousé les deux par un même contrat, le mariage avec elles deux est vicieux; et s'il les a épousées par deux contrats différents, le mariage avec la deuxième est vicieux.

comm. Car l'objection s'impose, à cause de la réunion, ici, des deux (de mère et de sa fille) dans le mariage. Cette réunion est à l'instar de celle de deux soeurs.

Mais Selon l'avis de Chaibânî, le mariage avec la fille est correct dans les deux cas, et celui avec la mère est vicieux;-

comm. Car l'intirdiction qu'elles soient réunies dans un même mariage ne s'établit pas, pour elles, avant leur conversion à l'Islam -comme c'est aussi le staut des deux soeurs (réunies dans un même mariage)- donc le mariage avec la fille reste correct, qu'il ait précédé (celui de la mère) ou qu'il l'ait suivi;-

• 3645. Et dès qu'un mariage correct a été contracté par la fille, sa mère devient interdite (à son gendre), mais le simple mariage avec la mère ne rend pas la fille interdite (à son beau-père). Voilà pourquoi le mariage avec la fille est correct dans les deux cas, et celui de la mère est annulé.

comm. Il en est ainsi parce que l'interdiction du mariage pour cause de parenté par alliance (**muşâhara**) est semblable à l'interdiction (du mariage) pour cause de parenté de lait ou de parenté généalogique véritable. Cette (interdiction) s'établit quand la cause qui l'établit est là, et aussi bien sur le territoire ennemi que sur le territoire islamique. Le cas présent est donc pareil.

• 3646. A supposer que cet homme ait consommé le mariage avec ses deux épouses (la mère et la fille), le mariage avec elles deux est nul dans tous les cas, selon l'avis unanime (des Juristes).

1748 **comm.** * Car la consommation du mariage avec n'importe laquelle des deux (la mère ou la fille) a rendu l'autre femme interdite pour l'éternité, à cause qu'elle est la belle-fille ou la belle-mère (du mari).

• 3647. S'il a consommé le mariage avec une seule de ces deux épouses, selon Chaibânî il faut distinguer: S'il consomme le mariage avec la mère après avoir épousé la fille de celle-ci, le mariage avec les deux épouses s'annule;-

comm. Car un mariage valide avec la fille impose l'interdiction du mariage avec sa mère; et la consommation du mariage avec la mère impose l'interdiction du mariage avec la fille de celle-ci;-

• 3648. Et s'il a consommé le mariage avec la mère avant d'épouser la fille, alors le mariage avec la mère est correct.

comm. Car la consommation du mariage avec la mère rend interdit le mariage avec la fille. Donc le contrat de mariage passé ensuite avec la fille est incorrect, tandis que le mariage vicieux avec la fille ne rend pas interdite au mari la mère de celle-ci.

• 3649. Si l'homme a consommé le mariage avec la fille, ce mariage est correct.

comm. Car la mère n'a obtenu que le simple contrat de mariage. Or cela ne rend pas sa fille obligatoirement interdite (au mari). Mais selon l'avis d'Abû Hanîfa

et d'Abû Yûsuf, s'il les a épousées par un même contrat, le mariage avec elles deux devient nul; mois par la suite il lui sera loissible de contracter de nouveau le mariage avec celle (de ces deux épouses) avec laquelle il avait consommé le mariage, peu importe que ce soit la mère ou sa fille. Et dans ce cas il ne pourra plus épouser l'autre, étant donné que la consommation du mariage avec l'une d'elles rend l'autre interdite, que ce soit la mère ou sa fille.

• 3650. Mais s'il les a épousées par deux contrats différents et s'il a épousé la fille d'abord pour consommer le mariage avec elle, alors ce mariage est correct et celui avec la mère est nul à cause de la parenté par alliance (**muşâhara**). Au contraire s'il a consommé le mariage avec la mère, alors le mariage avec les deux épouses (mère et fille) est nul, * étant donné que le mariage avec la fille était correct 1749
ce qui fait que le mariage avec sa mère est devenu incorrect; or ayant consommé le mariage (d'abord) avec la mère, la fille de celle-ci lui devient interdite. A supposer qu'il ait épousé d'abord la mère: s'il a consommé le mariage avec elle, ce mariage est correct; mais s'il a consommé (d'abord) le mariage avec la fille, le mariage avec elles deux s'annule, étant donné que le contrat de mariage avec la fille (après celui de la mère) n'est pas correct- vu qu'on ne peut pas les réunir toutes les deux dans un même mariage- et la consommation du mariage avec la fille annule le mariage avec la mère de celle-ci. Certes, (après cette annulation des deux mariages), il a la faculté de recontracter le mariage avec la fille, à l'exclusion de la mère.

comm. Car la mère n'a obtenu qu'un simple contrat de mariage. Or le seul contrat de mariage avec la mère n'impose pas l'interdiction du mariage avec sa fille. Voilà pourquoi cet homme est autorisé à contracter (un nouveau) mariage avec la (fille).

• 3651. (Chaibânî) dit: Si un ennemi en guerre épouse (chez lui) une esclave et une femme libre, puis que tous trois embrassent l'Islam, alors le mariage avec les deux (femmes) est valide.

comm. C'est l'avis de Chaibânî. (Et c'est ainsi) car l'interdiction[1] de réunir dans un même mariage une esclave et une femme du statut libre ne s'appliquait (**litt.** ne s'établissait) pas à ces deux (femmes) chez cet homme (sur le territoire ennemi), Or après la conversion , la question est seulement de la perpétuation du mariage (et non son instauration **ab initio**). Or la loi islamique permet la continuation d'une mariage où sont réunies l'esclave et la femme libre. (Chaibânî) n'a pas cité l'avis d'Abû Hanîfa à ce propos. On dit que la réponse est la même selon son avis aussi, étant donné que cette loi ne s'appliquera à eux qu'après leur conversion. D'autres disent que non, et selon (Abû Hanîfa) le mariage avec l'esclave sera annulé, lui traitant cet homme à l'instar de celui qui renouvellerait son contrat de mariage avec ces deux femmes après l'islamisation, comme c'est aussi son avis à propos de celui qui réunit deux soeurs germaines dans un même mariage.

• 3652. (Chaibânî) ajoute: Si un ennemi en guerre épouse quatre femmes par un seul contrat - ou même par deux contrats séparés- et si ensuite il est fait

(1) L'interdiction dans le sens plutot à déconseiller, et non à une absolue.

prisonniers et réduit en esclavage, et ses femmes aussi avec lui, alors selon l'avis de Chaibânî, le (mari) doit choisir deux d'entre ces (quatre) femmes.

comm. * Car pour un esclave, avoir plus de deux femmes est comme d'avoir plus de quatre femmes pour un homme libre. Donc selon l'avis d'Abû Hanîfa et d'Abû Yûsuf, dans ce cas, le mariage avec elles toutes sera annulé: Dans le cas où il les a épousées par un seul contrat, * la chose n'est pas difficile à comprendre, car c'est comme un homme libre qui aurait épousé cinq femmes par un même contrat, et qui ensuite embrasserait l'Islam, et elles toutes aussi avec lui (...[1]) Toutefois avec cette différence que dans le cas où l'homme et ses (cinq) femmes embrassent l'Islam ensemble, le mariage, selon la loi islamique, n'avait pas eu lieu correctement; donc quand une objection s'imposait à cause de la loi islamique, se manifestait le caractère vicieux de ce qui n'avait pas eu lieu correctement. Au contraire dans le cas présent (du mariage de l'esclave ex-homme libre avec quatre femmes par un seul contrat), le mariage avec les quatre a eu lieu de façon correcte, selon la loi islamique, étant donné que cet homme était libre quand il les a épousées; donc il n'y a pas de raison pour que le mariage avec les unes soit vicié pluôt que celui des autres. Voilà pourquoi on le sépare d'elles toutes. Et[2] dans le cas où il les a
1750 épousées par des contrats [3] séparés, * lé mariage avec les deux dernières sera annulé, et l'homme pourra garder les deux premières. Ce sera ainsi parce qu'un esclave ne peut pas avoir plus de deux femmes, et parce qu'il est possible de dissocier les mariages les uns des autres.[4]

3653. Si un ennemi en guerre épouse deux filles à l'âge de nourissons, et qu'ensuite elles soient allaitées par une même nourrice, puis que toute le famille embrasse l'Islam , ce sera exactement comme si cet homme avait épousé deux soeurs germaines, -avec la même divergence d'opinions que nous avons mentionnée (supra IV, 86-87).

comm. Car elles deux sont devenues comme deux soeurs dès avant leur islamisation, à cause de l'allaitement.

• 3654. Si la (nourrice) les a allaitées après que la famille a embrassé l'Islam, alors la mariage des deux (épouses) sera vicité.

comm. C'est de ce point qu'Abû Hanîfa tire argument contra Chaibânî, mais Chaibânî répond que, quand toute la famille (**litt.** quand ils) a embrassé l'Islam avant l'allaitement ou quand tous sont déjà islamisés au moment où l'homme les épouse, c'est pareil. En effet si un Musulman épouse deux filles à l'âge de nourrissons, puis qu'une même nourrice les allaite, il s'ensuit automatiquement une séparation (=répudiation) entre l'homme et ses deux épouses-bébés, étant donné que la cause

(1) L'éd ainsi que les MSS portent ici un passage quoi nous paraît être déplacé, à savoir: "Et dans le cas où il les a épousées par des contrats séparés". Voir la note suivante.

(2) Ce passage est déplacé dans lé texte. voir la note ci-dessus.

(3) Ainsi عقد dans les MSS de Paris et de Beyrouth, l'éd. portant: عقدة

(4) Le passage *--* manque au texte. A notre humble avis, il faut le supplér pour compléter la discussion.

qui vicie (le mariage) est leur qualité de soeurs (de lait). Cette cause existe dans les deux cas, au contraire du cas précédent.

• 3655. * Il en est de même si le mari embrasse l'Islam-et s'il s'agit d'une 1751
famille de Scripturaires (Judéo-chrétiens)- puis qu'une même femme allaite les deux (épouses) en nourrice).

Mais si l'ennemi en guerre épouse une adulte et une "nourrisonne", et que l'adulte, disposant de lait, allaite la petite (sa co-épouse), si par la suite toute la famille embrasse l'Islam, alors selon le dire d'Abû Hanîfa le mariage des deux (épouses) est vicié.

comm. Car elles sont maintenant devenues mère et fille (de lait) et l'homme les a réunies dans un même mariage. C'est comme s'il avait réuni **ab initio** dans un même mariage deux femmes dont l'une aurait déjà allaité l'autre. Mais selon l'avis de Chaibânî, le mariage avec cette fille (de lait) est valide ici, étant donné qu'il a eu lieu, pour la fille, par un contrat de mariage tout à fait correct. Or un tel contrat impose que sa mère n'impose pas que sa fille (de lait) à elle devienne interdite (pour ce genre de polygamie).

• 3656. Mais si l'allaitement a eu lieu après la conversion à l'Islam, le mariage avec les deux (épouses, l'adulte et la nourrisonne allaitée par cette adulte) deviendra nul, selon le consensus de (tous les maîtres jurites). Et cela au même titre que si l'homme avait épousé une mère et sa fille de lait, **ab initio,** après la coversion à l'Islam.

De même si le mari embarsse l'Islam, puis que l'épouse adulte allaite l'autre épouse, la nourrissonne, le mariage avec elles se viciera.

comm. Car le mari (musulman) est le sujet de la loi de l'interdiction de réunir dans le mariage la mère et sa fille de lait.

• 3657. A supposer que seule la co-épouse adulte embrasse l'Islam, puis qu'elle allaite l'autre épouse, la nourrissonne: selon Chaibânî le mariage de l'adulte se viciera, et le mariage de sa filli de lait sera valide.

comm. Car le mari est un ennemi en guerre (non-musulman) au moment où (sa femme adulte) allaite la nourrissonne (sa co-épouse). Donc ce cas est pareil au cas où elle l'aurait allaitée avant sa conversion à l'Islam.

• 3658. (Dans ce même cas de la réunion en un même mariage d'une adulte et d'une nourrissonne), si le père (généalogique) de la nourrissonne embrasse l'Islam, puis que l'épouse adulte allaite la nourrissonne, alors le mariage des deux épouses sera vicié.

comm. * Qu'Abû Hanîfa ait cet avis il n'y a pas de difficulté à le croire. Mais 1752
selon Chaibânî, il en est également ainsi parce que la nourrissonne est devenue Musulmane à cause de l'islamisation de son père. Or l'Islam ne permet pas sa réunion en un même mariage avec sa mère de lait; pour cette raison son mariage devient nul. Et le mariage de sa mère de lait s'annule aussi à cause du fait qu'on la

réunit en un même mariage avec sa fille de lait. Voilà pourquoi (Chaibânî) dit que le mariage des deux co-épouses sera vicié. Il l'éxplique par cet autre cas:

Si quelqu'un épouse une nourrissonne pour ensuite divorcer d'avec elle, puis qu'il épouse une adulte qui allaite ladite nourrissonne (divorcée), alors l'adulte deviendra interdite pour son mari.

Car la petite (la nourrissonne divorcée) est devenue la fille de lait de cette (épouse), et cependant, elle a été, à un moment donné, dans le mariage de cet homme. Or dès qu'il a seulement contracté mariage avec une fille, la mère de lait de celle-ci lui est devenue éternellement interdit.

• 3659. A supposer qu'un couple marié se rende sur le territoire islamique sous sauf-conduit, puis que le mari embrasse l'Islam, -lui étant d'origine scripturaire (Judéo-chrétienne), -si sa femme (non-musulmane) veut rentrer sur le territoire ennemi, elle n'aura pas la faculté de le faire.

comm. Car malgré l'islamisation de son mari, le mariage se perpétue entre ce couple- (l'Islam permettant le mariage avec une Scripturaire)- et elle qui était une touriste venue sous sauf-conduit devient, comme épouse (non-musulmane) d'un Musulman, une Dhimmîya, vu que la femme dépend de son mari pour le lieu de séjour. Ce sera au même titre que si elle avait **ab initio** épousé un Musulman.

• 3660. Il en sera de même si son mari, (au lieu de devenir Musulman), devient un Dhimmî.

comm. Car un Dhimmî est un des ressortissants de notre territoire tout comme un Musulman.

• 3661. A supposer que cette femme-là nie être l'épouse de cet homme, alors c'est à sa parole à elle qu'il faudra ajouter foi, à moins que le mari produise la preuse (de son mariage, le témoignage d'ennemis en guerre.

comm. Car le mari affirme et les témoins attestent que cette femme est une Dhimmîya. Or le témoignage des ennemis en guerre, contre un Dhimmî, n'est pas une preuve.

• 3662. Si cette femme nie le mariage avant même la conversion de son mari à l'Islam- ou, sa naturalisation comme Dhimmî-, le juge musulman n'écoutera rien et ne prendra aucune décision contre eux deux (le couple). Si l'(homme) établit la preuve par des témoins musulmans pour dire que tous deux (le couple) font partie
1753 des ennemis venus sous sauf-conduit, * alors non plus le juge musulman n'écoutera rien et ne prendra aucune décision au sujet d'ennemis venus sous sauf -conduit, concernant les droits découlant d'une affaire qui a eu lieu sur le territoire ennemi.

comm. Car le couple ne s'est pas imposé la loi islamique; et ce pendant, l'homme affirme qu'il y a eu mariage entre eux sur le territoire ennemi; donc, à cause de cette affirmation, le juge musulman n'a pas compétence pour décider dans le litige entre eux(=ce couple).

• 3663. A supposer que cette femme (non-musulmane de l'ennemi converti à

l'Islam) ne soit pas une Scripturaire, alors le juge musulman lui présentera l'Islam à elle aussi: si elle embrasse l'Islam... sinon une séparation (répudiation du mariage) suivra, entre ce couple, puisque les deux (époux) se trouvent maintenant sous la juridiction du (juge musulman). Il est donc possible à celui-ci de présenter l'Islam à celui qui n'a pas embrassé l'Islam, la séparation se fondant sur son refus (de se convertir). Puis elle aura la faculté de regagner le territoire ennemi après l'expriration du délai d'attente légale (pour remariage).

comm. Car après l'islamisation du mari, le mariage dans ce cas ne tient plus, étant donné qu'un tel mariage (d'une païenne avec un Musulman) n'est pas valide; donc elle ne devient pas automatiquement une Dhimmîya. Toutefois le délai de l'attente légale lui incombera à cause du droit de son mari (musulman); donc elle ne pourra pas quitter (le territoire islamique) avant l'expiration du délai. La raison en est que, -qui sait?- elle est peut-être enceinte; et son enfant deviendra Musulman, à cause de l'Islam de son père. Voila pourquoi elle n'aura pas la faculté de regagner le territoire ennemi avant l'expiration du délai légal.

• 3664. Au contraire, dans le même cas, si le mari n'embrasse pas l'Islam, mais qu'Il se fasse naturaliser comme Dhimmî, alors elle n'aura nullement faculté de regagner le territoire ennemi.

comm. Car dans ce cas leur mariage se tient, et elle devient automatiquement une Dhimmîya, suivant son mari.

• 3665. A supposer que ce soit la femme qui ait embarssé l'Islam, * alors on 1754
présentera l'Islam au mari, et on les séparera s'il refuse (de se convertir). Puis il aura la faculté de regagner le territoire ennemi.

comm. Car le mari ne suit pas sa femme quant à la résidence.

• 3666. (Chaibânî) poursuit: Si cet homme rentre dans le territoire ennemi avant que le juge musulman lui ait présenté l'Islam, alors la séparation s'ensuit à cause de la différence des territoires, aussi bien **de facto** que **de jure.** Ce sera une séparation judiciaire et non un divorce (prononcé par le mari).

Il en sera de même s'il s'agit d'un apostat qui se réfugie en territoire ennemi, laissant sa femme en territoire islamique(1)]. En effet l'apostat n'a pas capacité de conserver le mariage (avec une Musulmane).

comm. Car le mariage dépend d'une communauté religieuse (**milla**), alors que l'apostat n'a pour lui aucune communauté religieuse. Nous avons exposé cela dans le **Charh al-mukhtasar** (**Mabsût**, X, 116). Après cette (digression), Chaibânî ramifie la question de la femme se réfugiant (seule en territoire islamique, cf. supra IV, 89-91) et dit:

• 3667. Si son mari divorce d'avec elle alors qu'il se trouve sur le territoire ennemi, ce divorce n'aura pas effet.

(1) Le passage (3) manque à l'éd. et aux MSS, mais semble indispensable. Le savant traducteur turc 'Aintâbî est aussi gené par ce manque.

comm. Il en est ainsi, selon Abû Hanîfa, parce qu'une telle femme n'est pas tenue à observer le délai de l'attente légale. Il en est ainsi aussi, selon Chaibânî parce que ce (mari) est un ennemi en guerre et, entre un ennemi en guerre et un(e) Musulman(e), il n'y a pas de lien marital. Or si on décrète que le divorce a lieu, cela signifie qu'on établit (d'abord) le lien marital. Et pour cette raison Chaibânî ajoute:

• 3668. Si cet (ennemi se trouvant sur le territoire ennemi) embrasse d'abord l'Islam et divorce d'avec elle ensuite, le divorce aura effet sur elle.

comm. Car elle devra attendre le délai légal; et il est loisible de décréter l'exitence d'un lien marital entre deux personnes musulmanes, même si l'une d'entre elles se trouve sur le territoire ennemi. (Chaibânî) déduit cette règle par analogie avec l'apostat qui se réfugie sur le territoire ennemi et divorce d'avec sa femme (qui se trouve sur le territoire islamique), le divorce n'aura pas effet, même si elle devra observer, à cause de lui, le délai d'attente (pour un remariage). Certes si cet (apostat) rentre reconverti (sur le territoire Islamique)- ou embrasse (de nouveau) l'Islam sur le territoire ennemi-puis qu'il prononce le divorce, le divorce aura effet sur la femme, étant donné qu'elle est dans l'obligation d'observer le délai légal à cause de lui.

1755 • 3669. * Si cet ennemi en guerre se rend chez nous sous sauf-conduit, puis qu'il divorce d'avec sa femme qui s'était réfugiée chez nous et qui observait le délai d'attente légale, ce divorce n'aura pas d'effet sur elle.

comm. Car il continue d'être un ennemi en guerre. Sa situation est donc comme s'il continuait de se trouver en personne sur le territoire ennemi: les deux situations sont pareilles.

Ne vois-tu pas que si une femme du statut libre, épouse d'un esclave (appartenant à quelqu'un d'autre), achète cet esclave (son mari), après qu'il a consommé le mariage, le mariage est vicié, et elle doit observer le délai d'attente? De même si ce (mari) divorce d'avec elle alors qu'il est sa propriété à elle (litt. son esclave), ce divorce n'aura pas d'effet sur elle.

Car aucun lien marital ne peut subsister entre un esclave et sa propriétaire.

• 3670. Au contraire, si elle l'émancipe ou le vend, puis qu'il divorce d'avec elle, ce divorce aura effet sur elle.

comm. Car elle doit observer le délai d'attente vis-à-vis de lui.

• 3671. A supposer que cette réfugiée soit enceinte, alors selon l'avis d'Abû Hanîfa, son mari a la faculté d'épouser sa soeur à elle (1) (tout de suite, car la fuite est la rupture du mariage, donc il n'y a pas question de réunir deux soeurs germaines dans un même mariage);-

(1) Etrange fiction de penser qu'un non-Musulman, dont la femme s'est réfugiée sur le territoire islamique, observe les lois islamiques de polygamie ou de l'interdiction de réunir en un même mariage deux soeurs germaines etc.

comm. Car la (réfugiée) n'a pas un délai d'attente (de dvorce) à observer;-

suite: Toutefois cette (refugiée) n'aura pas la faculté d'épouser quelqu'un d'autre (avant d'avoir accouché).

comm. Car elle est enceinte d'un enfant dont la généalogie est établie. Donc sa situation est comme celle d'une **umm-walad** (esclave) qui est enceinte de par son propre maître: dans ce cas (aussi, s'il l'a émancipée), il a la faculté d'épouser sa soeur à elle, mais il n'aura pas la faculté de coucher avec cette (nouvelle femme) tant que l'autre **(l'umm-walad)** n'aura pas accouché; cela pour qu'il ne sème pas, * durant le même temps, dans les utérus de deux soeurs germaines. Les deux cas sont donc pareils.

Il en est de même en ce qui concerne la prisonnière réduite en esclavage.

• 3672. Si le mari embrasse l'Islam et se rend chez nous (en territoire islamique), et qu'il ait abondonné sa femme sur le territoire ennemi, alors la séparation (la répudiation) est déjà faite entre eux deux, vu la différence de territoires de leur résidence. Toutefois, si elle est enceinte, elle n'a pas la faculté d'épouser un nouveau mari [1] (avant d'avoir accouché). * Certes elle n'est pas 1756
obligée d'observer le délai d'attente, mais (c'est dans l'intérêt de la légitimité de son enfant, car) elle est enceinte d'un enfant de généalogie légitime. Toutefois la généalogie de son enfant ne collera à son mari que si elle accouche dans les six mois (qui suivent le départ du mari, à supposer qu'entre temps elle ait épousé un autre homme).

comm. Car elle est définitivement coupée des liens du mariage, à cause de la différence des territoires, et sans [2] obligation d'observer le délai d'attente (jusqu'à l'accouchement. Même si elle n'observe pas le délai d'attente et se remarie, l'enfant né dans les six mois est certainement de l'ancien mari). Donc pour la loi, elle sera comme celle qui est divorcée avant la consommation du mariage.

• 3673. A supposer que ce soit la femme qui embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, puis que la séparation maritale ait lieu par l'écoulement de trois menstrues, elle sera, au sujet du délai d'attente, égale à celle dont les liens maritaux sont coupés parce qu'elle s'est réfugiée sur le territoire islamique.

comm. Car dans les deux cas, elle est une femme de statut libre, une Musulmane et sujette aux lois islamiques, et il sera égal qu'elle se trouve sur le territoire ennemi ou sur le territoire islamique.

• 3674. (Chaibânî) poursuit: Si une ennemie en guerre embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, puis qu'elle se rende sur le territoire islamique, son mari l'accompagnant sous sauf-conduit, alors elle continuera d'être sa femme jusqu'à l'écoulement de trois menstrues, (après quoi, la séparation s'ensuivra à cause de la

(1) Même remarque que celle dans la note précédente.

(2) Le mot "sans" manque à l'éd., le MS de Paris se lisant: لا إلى عدة عند تباير الدارى

différence des religions) ou alors les autroités musulmanes présenteront l'Islam au (mari; et s'il embrasse l'Islam... sinon, la séparation s'ensuivra).

comm. Car cet (ennemi sous sauf -conduit) est, dans un certin aspect, comme un Dhimmî; donc les autorités musulmanes ont compétence pour lui présenter l'Islam. En vérité il est un ennemi en guerre, au point qu'il a la faculté de rentrer sur le territoire ennemi; donc, puisqu'il est un ennemi en guerre, nous disons que la séparation maritale aura lieu par l'écoulement de trois menstrues; et puisqu'il est comme un Dhimmî, dans un certain aspect, nous disons que la séparation des liens maritaux aura lieu après que cet (ennemi) aura décliné l'offre d'embrasser l'Islam. De quelque façon que la séparation ait lieu entre ces deux (époux), la femme aura à observer le délai légal de trois menstrues (ou l'accouhement, si elle est déjà enceinte).

• 3675. Si pendant cette observance du délai d'attente, le (mari non-musulman) divorce d'avec elle, le divorce aura effet sur elle.

comm. Car elle est sur le territoire islamique en compagnie de son mari, et nous avons déjà mentionné que celui-ci est, dans un certain aspect, comme un Dhimmî.

1757 * Ne vois-tu pas ceci? Si le mari décide par contrat de couper d'abord les liens maritaux sur sa demande à elle, demande accompagnée de quelque avantage pour le mari (**khul'**), avant que les autorités musulmanes prononcent la séparation (pour cause de différence des religions des deux epoux) , puis qu'il divorce d'avec elle, en répétant par trois fois la formule du divorce, et cela pendant le cours du délai d'attente lègale-ou s'il divorce d'avec elle en répétant la formule du divorce par trois fois, pour passer ensuite le contrat du séparation à l'amiable (**khul'**), -le divorce aura effet sur elle. Il en sera donc de même après la séparation judiciaire entre les deux (époux, mais pendant le cours du délai d'attente).

comm. Car cette séparation maritale aura lieu à cause du divorce.

• 3676. Ce sera le contraire si elle se réfugie toute seule (sur notre territoire), le mari s'y rendant par la suite sous un sauf-conduit. Dans ce cas-ci, le divorce prononcé par lui n'aura pas effet sur elle.

comm. Car dans ce cas, le mari est resté sur le territoire ennemi après qu'elle l'a quitté. Donc les liens maritaux se sont ainsi coupés entre ces deux (époux), et le (mari) est dans une situation où le divorce prononcé par lui n'a pas [1] d'effet sur elle. En effet, tant qu'il ne se rendra pas sur notre territoire, le divorce prononcé par lui n'aura pas d'effet. Au contraire, dans le cas en discussion, le mari se trouvait sur le territoire islamique, et était accompagné de sa femme, au moment où la séparation judiciaire a eu ileu. donc cet homme n'a jamais été dans une situation où le divorce prononcé par lui n'aurait pas d'effet. Voilà pourquoi nous disons: Tant

(1) Ainsi selon le MS de Paris, le mot "ne pas" manque à l'éd.

que la femme sera en cours de délai d'attente, le divorce prononcé par le (mari non-musulman) aura effet sur elle. Et Dieu sait mieux ce qui est corcect.

*** Chapitre (166)** 1758

DU MARIAGE DU PRISONNIER, OU DU TOURISTE SOUS SAUF-CONDUIT, CÉLÉBRÉ SUR LE TERRITOIRE ENNEMI

• 3677. (Chaibânî) dit ceci: Il est déconseillé au Musulman d'épouser une Scripturaire (judéo-chrétienne) sur le territoire de l'ennemi en guerre, que la femme soit une femme libre ou une esclave.

comm. Cela a été rapporté comme étant l'avis de 'Alî. C'est ainsi parce que quelquefois la progéniture de ce (Musulman) peut rester sur le territoire ennemi, dans quel cas il y a risque pour son enfant d'être réduit en esclavage (par les Musulmans). Car si cette femme vient à être fait prisonnière et rèduite en esclavage alors qu'elle est enceinte de par ce (mari musulman), l'enfant en son ventre deviendra (également) esclave. (Dans un séjour prolongé), il y a aussi un risque que ses enfants s'imprègent des caractéristiques des mécréants. Toutefois cette désapprobation ne touche aucunement l'essence du mariage: ni quant à son lieu (=le femme) ni quant à ses conditions. En effet il n'y a aucun empêchement pour que ce mariage soit correct si les témoins sont des Musulmans, comme l'exige Chaibânî. Selon l'avis d'Abû Hanîfa, il est égal que les témoins soient Musulmans ou non Musulmans. Cette (divergence des maîtres Juristes) est bien connue.

suite: Si ce (touriste musulman) craint de faillir (en ne supportant plus la vie de celibat), alors pas de grief à ce qu'il épouse une telle femme.

comm. Car se protéger contre la fornication est un devoir obligatoire, et cet homme n'y parvient que par un mariage. Cela ressemble au cas où un (Musulman libre) épouse sur le territoire islamique une esclave-qu'elle soit propriété d'un Musulman ou d'un Dhimmî-; ceci lui est déconseillé sauf quand il craint de faillir (cf Q 4/25). De même donc ici.

• 3678. A supposer que les (ennemis) aient capturée une femme de statut libre, qu'elle soit Musulmane ou Dhimmîya, alors pas de giref à ce que ce Musulman (qui est allé sous sauf-conduit chez les ennemis) l'épouse même s'il ne craint pas de faillir.

comm. * Car elle est femme de statut libre, ressortissante de notre territoire, et 1759
les ennemis n'en deviennent pas propriétaires même s'ils décident de la réduire en esclavage. Donc sur le territoire des ennemis et avec leur consentement, il est permis à ce Musulman de l'épouser, comme cela lui serait permis sur le territoire islamique.

• 3679. A supposer que cette femme (captive) soit l'(ancienne) esclave de ce (touriste musulman): le (mariage avec elle) lui sera déconseillé, sauf s'il craint de faillir.

comm. Car en mettant en lieu sûr, les (ennemis) en sont devenus propriétaires, au point que s'ils embrassaient l'Islam, elle resterait leur esclave. Donc si elle donne naissance à un enfant, celui-ci sera esclave de ces (ennemis-là, propriétaires de cette esclave).

(Chaibânî) distingue entre ce cas et cet autre où l'on se marie sans témoins chez les (ennemis), car un tel (mariage) n'est pas licite, même quand on craint de faillir. Et il en est de même quand on ne trouve pas de témoins musulmans; mais cela, c'est selon l'avis de Chaibânî (seulement).

Car l'interdiction (du mariage) dans ce cas vient de l'inexistence de la condition de la validité, c'est-à-dire des témoins. En quelque sens, cela empêche ou bien l'essence même du mariage ou le lieu du mariage (=la femme), quand par exemple l'homme ne trouve pas d'autre femme qu'une Mage (zoroastrienne) ou une idolâtre. On sait qu'un (musulman) ne peut pas épouser une telle femme, qu'il craigne de faillir ou qu'il ne le craigne pas. Au contraire dans le cas en discussion, l'empêchement provient du risque, pour son enfant, d'être reduît en esclavage (avec sa mère scripturaire); mais ce (risque) n'a aucun rapport avec le mariage ni dans la condition ni dans le lieu de mariage (=il ne concerne pas la femme). Donc quand a lieu quelque chose qui est pour cet homme plus important (que ce risque éventuel), nous dissons: le mariage est licite et n'est pas déconseillé.

• 3680. Si les (ennemis) font prisonnière une **mukâtaba,** une **mudabbara** ou une **umm-walad,** puis qu'ils la marient avec ce Musulman (touriste chez eux), ce (mariage) ne sera pas licite.

comm. Car les (ennemis) ne deviennent pas (validement) propriétaires d'une telle (prisonnière libérable à terme), même s'ils la mettent en lieu sûr. En outre, aucun mariage (d'esclave) n'est valide sans le patron (**walî**) Or le patron de la **mukâtaba** est son propriétaire d'origine (le Musulman).

• 3681. Toutefois si le maître (musulman) de cette (**mukâtaba**) lui permet le mariage, en (lui) écrivant une lettre à partir du territoire islamique, alors pas de grief à ce que ce (touriste) l'épouse.

comm. Car la (**mukâtaba**) reste dans le titre de propriété de son (maître d'origine); et la lettre, pour celui qui est loin, est comme la parole pour celui qui est près.

1760 • 3682. * Si le maître d'origine (de cette prisonnière) se rend sur le territoire de ces (ennemis) sous sauf-conduit, il lui est licite, même après cette (capture et cette réduction en esclavage), de coucher avec son (ancienne) **mudabbara** ou **umm -walad,** quand il en a la possibilité, pourvu que le (possesseur) enmi n'ait pas couché avec elle.

comm. Car elle reste toujours la propriété de ce (Musulman).

• 3683. Mais si l'ennemi a déjà couché avec elle, le propriétaire d'origine de cette (esclave-prisonnière) n'a pas la faculté de coucher avec elle.

comm. Car alors deux hommes auraient couché avec une même femme en une même période de fécondité (**litt.** de sécheresse). Certes si l'ennemi en gurerre renonce à cocuher avec elle, alors le maître d'origine a le droit de coucher avec elle, après s'être assuré de la pureté de son utérus [1] (c.-à-d. qu'elle n'est pas enceinte; et cela, en attendant le temps du délai légal).

Quant à la **mukâtaba,** le maître d'origine n'a pas le droit de cocuher avec elle (une fois qu'elle est prisonnière), de même qu'il n'en avait pas le droit avant la capture.

comm. Car devenir **mukâtaba** par un contrat, c'est comme de sortir du titre de propriété du (maître).

suite: Il en sera de même si l'ennemi en guerre, (son possesseur) la marie avec son (ancien maître).

comm. Car la (**mukâtaba**) continue de rester **de jure** la propriété du (maître d'origine). Donc un mariage ne peut validement avoir lieu entre lui et elle. (En effet on peut épouser l'esclave d'un autre, mais non sa propre esclave).

• 3684. Au contraire de cas de la **madabbara** et de **l'umm-walad:** car si l'ennmi (possesseur d'une telle prisonnière) la marie avec le (maître d'origine), il est
permis à celui-ci * de coucher avec elle. 1761

comm. Car il couche avec elle en vertu de son titre de propriété (sur elle) et non en vertu du mariage.

Ne vois-tu pas que même avant un tel mariage il lui était licite de coucher avec elle?

• 3685. Si les (ennemis) font prisonnière l'épouse d'un (Musulman), peu importe qu'elle soit femme libre ou esclave, puis que ce (Musulman) aille chez eux sous sauf-conduit, alors pas de grief à ce qu'il cocuhe avec elle, étant donné que les liens du mariage subsistent entre eux.

comm. Si l'on disait: "C'est correct en ce qui concerne la femme à statut libre; mais cela ne peut pas être correct avec une esclave, car elle est devenue validement propriété (des ennemis), au point que s'ils embrassaient l'Islam, elle leur appartiendrait. Or une propriété (ici, l'esclave) suit son propriétaire. Elle est donc de cette façon devenue ressortissante du territoire ennemi. Puis la différience des territoires (de l'esclave et de son maître d'origine) existant **de facto** et **de jure** oblige à la séparation judiciaire (coupure) des liens maritaux * entre eux deux." Nous dirions: Ce n'est pas ainsi. Car elle faissait partie des ressortissants de notre territoire, puisqu'elle était une Musulmane-ou une Dhimmîya-; or cette qualité n'est pas rompue même si les ennemis se sont rendus propriétaires de cette (femme) en la mettant en sécurité, pas plus qu'ils n'auraient pu le faire s'ils l'avaient achetée et l'avaient fait entrer sur le territoire ennemi. Comme le mariage ne se vicie pas dans

(1) Petite coquille dans l'éd., où رحمها à lire: رحمها

cet autre cas (de l'achat), il ne se vicie pas non plus dans le cas en discussion. Exception faite du cas où le maître ennemi aurait couché avec elle, auquel cas il ne sera pas licite à son (mari musulman) de cohabiter avec elle, jusqu'à ce qu'il se soit assuré de la pureté de son utérus en attendant une période de menstrues.

• 3686. Supposons qu'il s'agisse d'une femme à staut libre et que l'ennemi ait couché avec elle: il ne sera pas licite au mari de cette (prisonnière) de cohabiter avec elle, jusqu'à ce qu'elle ait observé le délai légal de trois périodes de menstrues.

comm. Car ce qu'a fait l'ennemi, en couchant avec elle (comme avec une véritable esclave) provenait d'une présomption qui avait un semblant de vérité (**chubha**). Donc la fausse interprétation de la part des (ennemis) est prise en considération par la Loi, au même niveau que l'interprétation correcte.

• 3687. Sur la même base, si cet ennemi a couché avec elle et qu'elle donne naissance à un enfant avant (**litt.** en moins de) deux ans de la date où l'ennemi a effectivement couché avec elle, la généalogie sera établie en faveur du mari (musulman), mais si elle donne naissance après deux ans, la généalogie ne sera pas établie en faveur du (mari musulman, c.-à-d. on ne considérera pas que l'enfant soit sa progéinture).(1)

comm. Car dès que l'ennemi a couché avec elle, elle devient interdité à son mari (musulman). On la tarite donc comme si le (mari musulman) avait divorcé d'avec elle par un divorce définitif (irrévocable).

• 3688. A supposer que la prisonnière réduite (par l'ennemi) en esclavage soit l'esclave de quelque Musulman, si par la suite celui-ci se rend chez les (ennemis) sous sauf-conduit, il n'a pas la faculté de coucher avec elle.

comm. Car les (ennemis) en sont devenus validement propriétaires en la mettant en sécurité. Donc si le (propriétaire d'origine) couchait avec elle, ce serait comme de coucher avec l'esclave de quelqu'un d'autre. C'est là une chose * que la (Loi islamique) ne permet en aucun cas. C'est au contraire du cas de l'**umm-walad** et de la **mudabbara**, (dont on a parlé plus haut, IV, 100).

1762 • 3689. * Et si l'ennemi (possesseur de cette esclave de plein droit) la marie à ce touriste musulman, le mariage sera licite-bien qu'il soit déconseillé au musulman de le faire-comme si l'ennemi le mariait à une autre de ses (vraies esclaves), que celle-ci soit une Musulmane ou une Scripturaire.

• 3690. Si un arabe(2) (=Musulman) se trouvant sur le territoires des ennemis en guerre épouse une de leurs jeunes esclaves et que celle-ci donne naissance à des

(1) Selon les juristes musulmans, un enfant naît au moins en six mois, et au plus en deux ans. Donc si l'enfant est né en moins de deux ans, il y a possibilité (donc présomption) que ce soit l'enfant du mari musulman; et s'il est né en plus de deux ans, il n'y en a aucune possibilité. On est indulgent pour que l'enfant ait la facilité de devenir Musulman. Mais à vrai dire, déjà après six mois de captivité de la femme, il y a possibilité que l'enfant soit issu de l'ennemi en guerre.

(2) Ainsi عربيا dans le MS de Paris, l'éd. portant: حربيا

enfants, et si par la suite les Musulmans capturent ces enfants, alors les mineurs d'entre eux seront hommes libres et de religion islamique, et cela à cause de l'Islam de leur père;-

comm. Car ils étaient en fait esclaves du maître de l'esclave (maître de leur mère). Or (dans le cas présent), ou bien ce maître a été tué ou bien il a pris la fuite lors de la conqueête musulmane de ce territoire; donc ces (enfants-esclaves) se mettent en sécurité moyennant la puissance résistante des Musulmans. On sait que si l'esclave musulman d'un ennemi en guerre se met en sécurité au moyen de l'armée (musulmane), il devient homme libre, cela au même titre qu'un esclave converti qui se réfugie chez les Musulmans malgré son maître;-

• 3691. Mais les enfants adultes (de cet Arabe abandonnés sur le territoire ennemi) seront traités comme des apostats,

comm. étant donné qu'ils ont reconnu la doctrine de la mécréance,

• 3692. Une fois devenus majeurs, alors qu'(en droit) ils étaient des Musulmans à cause de l'Islam de leur père. Donc ils seront traités comme des apostats et, par la capture, deviendront aussi des esclaves de celui qui les a mis en sécurité; et en cela hommes et femmes sont pareils. Ces (enfants adultes) ne se sont pas mis en sécurité contre leur maître (ennemi, comme l'ont fait leurs frères mineurs). Donc ils n'obtiendront pas l'affranchissement automatique; et de plus, on les obligera à embrasser de neuveau l'Islam (religion de leur père); mais on ne pourra pas les mettre à mort (comme on le fait pour un apostat ordinaire).

comm. Car on n'a jamais constaté d'Islam de leur part après qu'ils ont atteint leur majorité par la puberté. En Effet quand il est prouvé que quelqu'un n'a d'Islam qu'à titre d'incidence (de l'Islam) de ses père et mère, on ne le punit pas de mort s'il atteint la puberté en tant qu'apostat, vu qu'il y a quelque doute qui subsiste.

Mais quant à leur mère, elle fera partie du butin pour qui la capturera; et si elle est enceinte, l'enfant sera esclave, (lors de sa naissance), comme elle-même. Car ce qui se trouve dans le ventre de la (mère) fait partie d'elle- * même. L'enfant sera 1763
donc esclave, à titre d'incidence de sa (mère), même s'il est un Musulman, vu que son père est un Musulman. En outre, l'enfant ne peut pas se mettre en sécurité; tant qu'il est caché dans le ventre de sa mère.

• 3693. A supposer que cet homme épouse une femme libre d'entre les (ennemis en guerre), le reste des circonstantces étant le même, ce cas et le cas précédent sont pareils, sauf en un point, à savoir que les enfants adultes nés de ce (Musulman) sont libres, au contraire du cas précédent.

comm. Car ils sont issus d'une femme libre; ils seront donc libres à cause de la qualité de femme libre et, (s'ils n'ont pas été élevés en Islam), ils seront considérés comme des apostats (vu que les enfants d'un Musulman sont automatiquement Musulmans).

• 3694. De ces (enfants adultes), l'homme ne devient pas esclave, si on le fait

prisonnier de guerre; mais la femme, elle, peut devenir esclave par la capture, et (de plus) on l'obligera à embrasser l'Islam -comme c'est le statut légal pour des apostats-et son mariage avec un Musulman ne lui procurera pas automatiquement l'aman.

comm. Car même si ce (mari) lui donnait l'aman en toute précision, sur le territoire ennemi, ce ne serait pas correct (valide) de sa part; il en est donc de même s'il ya seulement l'indice (de l'octroi de l'aman, au moyen du mariage).

• 3695. Ces enfants n'ont pas la faculté de passer contrat de fraternité (**muvâlât**) avec quelqu'un (de Musulman) et s'ils le faisaient, le Trésor Public Islamique ne payerait pas les assurances (pour homicide involontaire etc.) pour la simple raison qu'on a passé contrat de fraternité (avec un assuré).

comm. Car ils ont une famille, et ils font partie du clan de leur père; donc c'est ce dernier qui doit payer pour eux les dédommagements et, de plus, ils ont entre eux un droit d'héritage. On sait que dans ces conditons un homme n'a pas la faculté d'entrer dans une fraternité contractuelle avec qui que ce soit, (étant donné que c'est celui qui n'a aucun clan qui le fait, pour des besoins d'assurances etc.).

• 3696. Si les (ennemis) capturent sur le territoire islamique une femme de statut libre, Musulmane ou Dhimmîya, puis qu'ils la marient avec cet Arabe (touriste musulman), alors ce cas et le précédent sont pareils, sauf sur un point, à savoir que dans ce cas cette femme et l'enfant dont elle est enceinte ne seront pas des esclaves (si elle est capturée par la suite par les Musulmans).

1764 **comm.** * Car il s'agit d'une femme libre, ressortissante de notre territoire; donc elle ne devient propriété de personne si les (Musulmans) la capturent. Au contraire la femme de l'autre cas était une femme ennemie libre; donc elle était susceptible de devenir la propriété (d'un Musulman) par la capture et la réduction en esclavage.

• 3697. A supposer que dans ce cas-là il s'agisse d'une esclave, musulmane ou Dhimmîya, (1) et que le reste des circonstances soit le même, alors dans ce cas les enfants seront esclaves: la capture ne leur procurera pas de l'affranchissement automatique; et, là-dessus, les mineurs et les majeurs sont pareils.

comm. Car le droit du Musulman, auquel (l'ennemi) a enlevé cette esclave, subiste sur ces (enfants), et cela empêche que le statut de liberté s'établisse en leur faveur quand ils vont contre (leur maître ennemi en lui échappant). Voilà pourquoi nous disons que, si la victime de l'enlèvement ennemi les retrouve (dans le butin capturé par les Musulmans), ils les reprendra sans rien payer si c'est avant le partage du butin, et sur paiement de la valeur si c'est après le partage.

• 3698. A supposer que cette victime de l'enlèvement ennemi soit un Dhimmî, on l'obligera à vendre (à un Musulman) ces (enfants musulmans de son esclave qui est épouse d'un Musulman) après qu'il les aura repris (en postliminium).

---

(1) A supprimer, selon le MS de Paris, le mot muslima qui se trouve dans l'éd. après le mot dhimmîya.

comm. Car les mineurs d'entre eux sont Musulmans à cause de l'Islam de leur père, et l'on sait qu'on oblige un Dhimmî à vendre (à un Musulman) l'esclave musulman si celui-ci est tombé dans la propriété du (Dhimmî). Et les majeurs d'entre eux seront considérés comme des apostats (s'ils n'ont pas été élevés en Islam); mais dans ce cas l'apostat a le statut d'un Musulman, vu qu'on l'obligera à redevenir Musulman (étant né musulman à cause de son père Musulman).

• 3699. Dans le cas de la femme esclave capturée sur le territoire islamique (par l'ennemi), à supposer que le Musulman (touriste) ne l'ait pas épousée, mais que son maître, ennemi en guerre, ait couché avec elle et qu'elle lui ait donné des enfants, si par la suite les Musulmans conquièrent (et annexent) ce territoire-là, elle sera libre, rien à faire contre elle;-

comm. Car c'est une Musulmane-ou Dhimmîya- et elle est devenue **umm-walad** de l'ennemi; donc dès que le droit de l'ennemi sur elle s'évanouit, elle devient libre (vu qu'une **umm-walad** devient libre à la mort de son maitre ennemi est ici, **de jure,** mort);-

• 3700. Et ses enfants aussi sont libres, comme elle, si c'est une Musulmane ou une Dhimmîya (ressortissante du territoire islamique).

comm. * Car ils se mettent en sécurité moyennant la puissance résistante des 1765
Musulmans.

suite: Et ils ont la faculté d'entrer dans une fraternité contractuelle avec qui ils voudront.

comm. Car leur père (ennemi) n'a (sur le territoire islamique) ni fraternité contractuelle ni clan, cela au contraire du cas précédent.

• 3701. A supposer que ces enfants grandissent (sur le territoire ennemi) comme mécréants et deviennent belligérants contre les Musulmans, alors nous dirons que, si leur mère est une Musulmane, on considérera que ce sont des apostats, (nés). Car ils sont (nés) Musulmans suivant leur (mère musulmane).

comm. Donc s'ils atteignent la puberté en tant que mécréants, on les obligera (lorsque les Musulmans les captureront) à redevenir Musulmans, et ils seront hommes libres. Mais si leur mere est une Dhimmîya, ils feront tous partie du butin (lors de la capture).

Car ils deviendront Dhimmîs, suivant le statut de leur mère; mais quand ils font la guerre contre les Musulmans, ils violent le pacte de la naturalisation (et ne restent plus Dhimmîs).

• 3702. Et si la victime de l'enlèvement ennemi dit: "J'ai le droit prioritaire sur cette esclave, (en postliminium), car c'est de ma main et de ma propriété qu'on l'a enlevée", on ne prêtera pas attention à sa parole.

comm. Car l'ennemi (qui l'a capturée) en est devenu validement propriétaire, au point que s'il embrassait l'Islam, alors qu'il la possède, elle resterait sienne. En outre, il l'a rendue **umm-walad**. Donc le propriétaire d'origine n'a aucunement le

droit de la reprendre Ne vois-tu pas que si cet ennemi émancipe cette (esclave), l'émancipation s'excute pour elle. Il en est donc de même s'il la rend **umm-walad**.

• 3703. A supposer que le propriétaire d'origine donne cette esclave en mariage à l'ennemi en guerre et que le reste des circonstances soit le même, alors l'esclave et les enfants issus d'elle appartiendront, dans ce cas, à celui à qui l'ennemi l'a enlevée.

1766 **comm.** * Car elle a enfanté d'un mari, donc elle ne devient pas **umm-walad**, (mais épouse; en outre son propriétaire musulman ne l'a pas émancipé, mais seulement donné en mariage à un touriste ennemi. Si par la suite d'autres ennemis la capturent et la transferent sur le territoire ennemi et quelqu'un d'eux lui fait des enfants), le droit de la victime de cet enlèvement ennemi subiste sur elle et sur ses enfants, chose qui empêche que ceux-ci deviennent libres si (un jour) ils vont contre (leur nouveau maître ennemi, en s'échappant) et en se mettant en sécurité moyennant la puissance résistante des Musulmans. Voilà pourquoi le (maître d'origine) a le droit de les reprendre sans rien payer, (en postliminium), si le butin n'est pas encore partagé; et sur paiement de la valeur, si c'est après le partage. Dans ce cas, l'enfant adulte, issu d'elle sera de la religion de son père (ennemi, et non pas un apostat, aux yeux du tribunal musulman, si la mère esclave était aussi une non-Musulmane).

• 3704. Mais à supposer que cette (mère) soit une Musulmane, alors on obligera cet [1] (enfant adulte, élevé comme un non-Musulman par son père, puis capturé par les Musulmans) à redevenir Musulman.

comm. Car (à lorigine) c'était un Musulman, suivant la religion de sa mère.

• 3705. Donc s'il atteint la puberté en tant que mécréant (sur le territoire ennemi, pour être fait prisonnier par la suite), on le traitera comme un apostat. Au contraire, si la (mère) est une Dhimmîya, l'enfant issu d'elle ne sera pas obligé de devenir Musulman.

comm. Car il est issu de parents qui sont tous deux non-Musulmans, et lui est né sur le territoire ennemi.

• 3706. A supposer que la femme capturée (par l'ennemi) soit de statut libre, et que le reste des ciconstances soit le même, alors elle et ses enfants seront libres, (et les conquérants musulmans n'auront) rien à faire contre elle (et ses enfants).

comm. Car elle est femme libre, ressortissante de notre territoire Quant aux enfants, ils suivent leur mère aussi bien pour l'esclavage que pour le statut de liberté. Tu dois avoir compris cette réponse, parce que l'enfant suit, en matière de religion, celui de ses deux parents qui a la religion la meilleure (=si un quelconque des deux parents est Musulman et l'autre non-Musulman, l'enfant sera automatiquement Musulman; et si l'un des parents est Scripturaire et l'autre paien, l'enfant sera

(1) Ainsi فهو مجبر dans le MS de Paris, l'éd. portant: فهي مجبرة

Scripturaire), et cela aussi bien en ce qui concerne le mariage qu'en ce qui concerne l'égorgement rituel des bêtes commestibles (=car un Musulman peut validement épouser une Scripturaire et non une païenne; de même il peut consommer la bête égorgée par un Scripturaire mais non par un païen). Cela au point que si un des parents est un Scripturaire (et l'autre un paien), l'enfant sera Scripturaire, comme lui, de même que si un des parents est Musulman, l'enfant aussi sera Musulman, suivant ce parent.

• 3707. Si un tel enfant atteint la puberté en tant que mécréant, son statut s'établira selon la différence que nous avons faite, à savoir qu'il faudra voir si la mère est une Musulmane ou une Dhimmîya.

comm. La différence entre hommes et femmes, à propos de la réduction en esclavage, est comme celle qui régit les apostats, Et tout pouvoir provient de Dieu.

* Chapitre (167) 1767

DE L'ÉTABLISSEMENT DE LA GÉNÉALOGIE (=LÉGITIMATION) POUR LES ENNEMIS EN GUERRE, CONCERNANT LES (ENFANTS ISSUS DES) PRISONNIÈRES RÉDUITES EN ESCLAVAGE

• 3708. (Chaibânî) dit ceci: Si les ennemis en guerre capturent une Musulmane de statut libre, ou esclave, ou encore une Dhimmîya de statut libre, ou esclave, puis que quelqu'un d'entre les ennemis l'achète à l'(ennemi) qui l'a réduit en esclavage et la rende **umm-walad** (en lui faisant un enfant), si par la suite les habitants de la region embrassent l'Islam (pour se rattacher au territoire islamique), ou même s'ils deviennent des Dhimmîs, il faut distinguer: Si la femme (capturée) était d'origine libre, elle le restera comme auparavant (=avant la capture).

comm. Car le statut de liberté, qui est consolidé par notre territoire, ne saurait être brisé par rien. Ses enfants aussi seront libres, car ils la suivent.

Toutefois la généalogie (des enfants) sera établie en faveur de cet acheteur-là.

Car c'est lui qui a couché avec cette (femme achetée à l'ennemi), en se fondant sur un titre de propriété douteux. Or quand les (ennemis) interprètent des choses, même à titre faux, leur interprétation équivaut, pour la décision du tribunal, à une interprétation correcte (et valide, cf supra IV, 101).

suite: Mais l'homme ne sera pas redevable de payer à la femme son salaire d'honneur (**mahr,** nécessaire lors d'un mariage).

comm. Car l'utilité (l'usufruit) que cet homme a obtenue en couchant avec cette femme (qu'il considérait comme sa concubine) faisait partie d'elle. Or il était un ennemi en guerre quand il a obtenu cet usufruit. Donc tout comme [1] il ne serait

---

(1) Ainsi: فما dans le MS de Paris, l'éd. portant: فلما

pas redevable de dédommager s'il détruisait la (captive musulmane), il n'en serait pas redevable non plus s'il couche avec elle.

suite: De même si elle était une **mudabbara** (libérable sur la mort de son maître) ou une **umm-walad** (à laquelle son maître a fait un enfant, et libérable également à la mort du maître), il devra la rendre à son maître d'origine.

comm. Car les (ennemis) n'obtiennent sur une telle (captive) aucun titre de propriété, même s'ils la mettent en sécurité.

1768 **suite:** * Et les enfants de cette femme (engendrés par l'ennemi) seront hommes libres.

comm. Car ils seront des Musulmans, suivant leur mère, si elle était une Musulmane, ou des Dhimmîs, suivant leur mère, si elle était une Dhimmîya. En outre, il s'agit là d'un cas analogue à celui d'enfants issus d'une erreur, comme nous venons de le signaler, à savoir que l'acheteur lui a fait des enfants en se fondant sur une interprétation selon laquelle il avait le titre de propriété (sur cette captive). Or l'enfant issu d'une erreur reste homme libre, et sa généalogie s'établit par son père (naturel). Toutefois ce père n'est nullement redevable de verser la valeur des enfants (comme s'ils étaient devenus esclaves, pour les affranchir maintenant). La raison en est la même que celle que nous avons évoquée dans le cas précédent concernant le dédommagement pour viol involontaire ('**ughr**). En effet l'acheteur était ennemi en guerre quand il a fait un enfant à cette (captive), et ce fait empêche qu'il soit redevable de dommages s'il détruit en partie la (captive). Il en sera donc de même s'il détruit [1] même l'enfant à cause d'une erreur.

Si l'on disait: "La personne qui s'est trompée doit dédommager de la valeur de l'enfant, lors du litige; or, lors * du litige, ces gens-là sont ou bien des Musulmans ou des Dhimmîs". Nous dirions: C'est exact, mais l'homme qui s'est trompé est redevable de dédommager à cause qu'auparavant il a fait un enfant (à sa concubine). Si cette cause a eu lieu de sa part (quand) il était encore ennemi en guerre (vis-à-vis des Musulmans), elle ne lui impose pas de dommages. Il ne sera donc pas redevable de dommages non plus, par la suite, même si les (haibtants de la région, y compris cet homme qui s'est trompé) embrassent l'Islam.

• 3709. A supposer que cette (captive) soit une **mukâtaba** (en instance de libération en payant sa valeur à son maître), alors la réponse concernant sa personne et ses enfants est que la **mukâtaba** redeviendra comme elle l'était auparavant (avant la capture par l'ennemi);-

comm. Car un (ennemi) n'obtient pas titre de propriété sur une **mukâtaba** en la capturant:-

Quant à ses enfants, ils seront hommes libres, par l'effet de l'erreur (commis

(1) Il veut sans doute dire par "destruction" faire perdre au propriétaire d'origine de l'**umm-walad**, qui, en principe, devait être le propriétaire des enfants de l'**umm-walad**, mais ceux-ci s'affranchissent dans le cas présent.

par leur père qui a pris cette captive pour sa vraie esclave), mais rien n'incombera au père: ni les dommages pour viol involontaire ('**ughr**), ni la valeur des enfants.

Cela pour la raison que nous avons dite. Mais il y a une autre raison, à savoir que s'il devait, dans ce cas, dédommager de la valeur de l'enfant, il ne payerait de dommages qu'à la **mukâtaba,** et cela au moment où elle cherche à obtenir la libération de sa personne ainsi que de ses enfants. Donc en cela (=dans le fait qu'on rend le statut de liberté à ses enfants seulement) il y a la réalisation d'une partie de ce qu'elle cherche.

suite: Au contraire, si cette (captive) est une esclave (ordinaire et si l'ennemi qui l'a capturée lui fait un enfant), alors elle restera comme **umm-walad** de celui qui lui a fait l'enfant (après qu'il a lui-même embrassé l'Islam), et ses enfants auront le statut de liberté.

comm. * Car ces (ennemis) ont obtenu un titre de propriété sur elle quand ils 1769
l'ont mise en sécurité; et celui qui leur a acheté cette captive, en devient valablement le maître à cause de l'achat. Donc s'il lui fait un enfant, c'est chose valide. En outre, son titre de propriété sur elle est confirmé par (son) islamisation. Par conséquent elle sera **umm-walad** pour lui.

• 3710. A supposer que, dans le cas en discussion, celui qui lui fait un enfant devienne un Dhimmî, sujet des Musulmans, alors aussi la réponse sera pareille, sauf qu'on devra libérer cette (esclave musulmane) on lui faisant gagner sa valeur (à payer au maître dhimmî).

comm. Car c'est une Musulmane, et un Musulman ne peut pas être laissé en la propriété d'un Dhimmî. Or il est devenu impossible de la faire sortir du titre de propriété de ce (Dhimmî) par l'achat, étant donné qu'elle est devenue son **umm-walad** (qu'on ne peut pas vendre). Il faut donc la faire sortir de son titre de propriété par l'autre voie, à savoir qu'elle gagne l'équivalent de sa valeur.

• 3711. Le statut des apostats quand ils (se soulèvent et) dominent le territoire où ils habitent -de même le statut des Dhimmîs quand ils violent leur pacte de naturalisation et dominent le territoire habité par eux- le statut légal des deux catégories sera le même que celui des ennemis en guerre, en tout ce que nous avons détaillé.

comm. Il en est de même du tatut légal des rebelles (musulmans) quand ils prennent des captifs sur les Loyalistes, en tous les points que nous avons mentionnés. Car la fausse interprétation que font les rebelles, jointe à leur puissance résistante, devient comme une interprétation valide pour les besoins judiciaires (pour leur reconnaître le droit de belligérance).

• 3712. Le principe de base en cela est le récit qu'a fait az-Zuhrî. Il dit: "Il y eut une guerre civile (**fitna**) alors que les Compagnons du Prophète étaient encore
nombreux. Ils tombèrent d'accord qu'il n'y a pas de talion (contre le rebelle) qui se 1770
permet l'effusion du sang en interprétant * le Qur'ân à sa façon (pour légaliser sa

guerre); non plus de peine légale définie (**hadd,** que la discrétion du juge ne peut ni diminuer ni augmenter) si le (rebelle) se permet de coucher avec une femme, en interprétant le Qur'ân à sa façon (pour légaliser la mise en esclavage d'une captive). De même pas de dommage à payer pour les biens que le (rebelle) se considère en droit (de détruire) en interprétant le Qur'ân, (pour légaliser leur prise en butin), sauf si quelque objet de ces biens se retrouve intact, auquel cas on le rendra à son propriétaire d'origine". Voilà pourquoi nous disons, dans le cas en discussion, que, si la femme capturée et réduite en esclavage était à l'origine une esclave, il faut la rendre (maintenant), à son maître d'origine si les rebelles se repentent, au contraire du cas précédent (des ennemis en guerre). La raison en est que les (rebelles) n'obtiennent jamais de titre de propriété sur elle, non plus qu'elle ne devient l'**umm-walad** de celui (des rebelles) qui lui fait un enfant. Au contraire, les ennemis en guerre en deviennent propriétaires s'ils la mettent en sécurité; elle devient donc l'**umm-walad** de celui qui lui fait un enfant.

• 3713. A supposer que certains brigands d'entre les Musulmans mènent des combats sans raison légale (**litt.** sans pouvoir interpréter le Qur'ân en leur faveur) et capturent des femmes-le reste des circonstances étant le même- nous dirons que la puissance résistante (que possèdent des brigands) ne joue aucun rôle si elle est dépourvue de raison légale (pour mener la guerre, **litt.** Intreprétation validante). Et tel sera aussi le statut de leur raison légale (de faire la guerre, **litt.** interprétation) si elle est dépourvue de puissance résistante (=elle ne jouera aucun rôle). Le résultat est que le (brigand) qui couche avec (sa captive) n'a que le statut de fornicateur ou d'adultère (selon le cas), méritant la peine légale définie (**hadd**), et sa généalogie ne s'établira jamais avec son enfant (issu de la captive), vu les apparences de cette parole du Prophète: "L'enfant appartient au lit, tandis que le pécheur du péché de chair ne recevra que la pierre". En outre l'enfant suivra sa mère, devenant esclave de celui dont sa mère était esclave, au contraire des cas précédents.

suite: (Chaibânî) explique cette différence par la destruction, et dit:

comm. Ne vois-tu pas que si les (brigands) détruisent les biens, ils sont redevables d'en dédommager, au contraire des cas précédents?

Après cela, (Chaibânî) donne un chapitre dont nous avons déjà donné le commentaire complet dans le "**Commentaire du Ziyâdât**" que nous avons dicté. [1] et Dieu sait mieux.

* Chapitre (168) 1771

DES PEINES DÉFINIES INFLIGÉES SUR LE TERRITOIRE ENNEMI

• 3714. Ainsi parle (Chaibânî): Nous avons mentionné dans le **Mabsût** [1] que si un Musulman commet sur le territoire de l'ennemi en guerre quelque chose qui entraîne un châtiment ('**uqûba**), il n'encourra pas ce châtiment, étant donné l'absence d'une autroité (judiciaire) appliquant les châtiments. Car cet homme ne se trouve pas sous la juridiction du chef de l'Etat musulman, au moment où cet homme commet ce (délit). Et si un (Musulman) le commet dans le campement (musulman), le commendant de l'armée n'a pas non plus la faculté de lui appliquer les peines légales définies (**hadd**[2]).

comm. Car on ne lui a pas délégué le droit d'appliquer les peines définies. On ne lui a délégué que l'administration de la guerre.

• 3715. Toutefois si le calife lui-même sort en expédition- ou le gouverneur de
l'Iraq- alors il a la faculté d'appliquer les peines définies dans * son campement, tout 1772
comme il le fait sur le territoire islamique.

(Chaibânî), pour établir qu'on ne doit pas appliquer les peines définies sur le territoire en guerre, tire argument du récit suivant:

comm. Le (calife) 'Umar écrivit à ses gouverneurs: Aucun commandant de l'armée ou du détachement ne doit flageller personne tant qu'il ne sera pas rentré dans nos frontières sur le chemin du retour, de peur que l'échauffement diabolique (=colère) ne l'emporte et qu'il ne rejoigne les mécréants.

comm. Et Abu'd-Dardâ' rapporte ceci:

• 3716. On interdisait d'appliquer les peines définies contre les Musulmans sur le territoire en guerre, crainte que l'échauffement (=colère) ne les emporte et qu'ils ne rejoignent les mécréants. Si ces (criminels) se repentent, Dieu demeure accuillant au repentir; sinon, Dieu est derrière eux (pour les attrapper et les punir).

comm. (Chaibânî) cite ensuite un autre récit que voici.

• 3717. 'Atîya Ibn Qais al-Kilâbî rapporte cette parole du Prophète: Si quelqu'un fuit chez l'ennemi après avoir commis meurtre, viol ou vol, puis qu'il obtienne un sauf-conduit (pour venir sur le territoire islamique), alors on lui appliquera ce dont il s'est enfui, Mais s'il commet meurtre, viol ou vol sur le territoire ennemi, puis qu'il obtienne un sauf-conduit (pour se rendre sur le territoire

(1) Cf **Mabsût-Aṣl** de Chaibânî (MS Murâd-Molla, Istanbul), ch. **Siyar**, section 21; **Mabsût** de Sarakhsî, X, 99-100.

(2) **Par hadd**, on entend les peines légales qui ne sont pas à la discrétion du juge, qui ne peut ni les augmenter ni diminuer, encore moins pardonner au coupable. Il s'agit des peines pour meurtre, birgandage, vol, fornication-adultère, consommation alcoolisée, et injure à la chasteté d'une femme innocente.

islamique), on ne lui appliquera pas de peine pour ce qu'il a commis sur le territoire ennemi.

comm. Voilà le principe de base pour les savants de notre école (hanafite), c'est de prendre en considération le lieu où a été commis le crime exigeant une peine légale définie (**hadd**). En outre, nous avons mentionné dans le **Mabsût,** (X, 55 et 99) que si un étranger venu chez nous sous un sauf-conduit commet (chez nous) quelque chose qui exige une peine, alors on ne lui appliquera que la peine qui est du droit de l'homme, comme le talion ou la peine pour l'injure à la chasteté d'une femme innocente. L'avis d'Abû Yûsuf à ce propos est bien connu. Il dit qu'on appliquera les peines pour tous les crimes, sauf pour la consommation de boisson alcoolisée (si le criminel est un non-Musulman), comme c'est aussi le cas pour les sujets non-musulmans de l'Etat islamique (Dhimmîs). Et Dieu sait mieux.

1773 *** Chapitre (169)**

DU SECOURS QU'IL FAUT PORTER AUX ENNEMIS VENUS SOUS SAUF-CONDUIT AINSI QU'AUX NON-MUSULMANS D'ENTRE LES SUJETS

• 3718. Le cheikh, le savant dirigeant (Chaibânî) dit ceci: Le principe est qu'il est obligatoire, pour le chef de l'Etat musulman, de porter secours aux ennemis venus sous sauf-conduit, aussi longtemps qu'ils se trouvent sur notre territoire, et de leur procurer justice contre ceux qui les oppriment. Cela lui est aussi obligatoire que de porter secours aux non-Musulmans d'entre les sujets de l'Etat Islamique.

comm. Car ils se trouvent sous sa juridiction, tant qu'il demeurent en terre d'Islam. Donc le statut juridique de ces (ennemis venus sous sauf-conduit) est comme celui * des Dhimmîs.

• 3719. A cette exception près qu'on n'appliquera pas la loi de talion contre un Dhimmî s'il tue une ennemi venu sous sauf-conduit- ni non plus contre un Musulman- à cause qu'il n'existe pas d'égalité entre eux (c.-à-d. entre le sujet musulman et l'ennemi en guerre venu sous sauf-conduit), pour ce qui est de l'immunité complète (**haqn**), seule chose sur laquelle se fonde le droit du talion (=peine de mort pour le meurtrier). Au contraire si un ennemi venu sous sauf-conduit tue sur notre territoire un autre ennemi également venu sous sauf conduit, il subira le talion. Le droit de réclamer le talion appartient à l'héritier de la victime s'il l'accompagne (sur notre territoire). (1) Il en est de même si cet (ennemi) coupe un quelconque oragne de l'autre: alors le talion a lieu. La raison en est qu'il y a égalite entre eux deux (le criminel et la victime) pour ce qui est de l'immunité (**haqn**).

(1) Selon la loi islamique, quand un meurtre est prouvé, il appartient aux héritiers de la victime de réclamer la peine de mort, la remplacer par le prix du sang, ou pardonner. Le gouvernement n'a rien à faire là-dedans.

comm. Si l'on disait: "Mais il subsiste quelque doute au sujet de l'immunité dont jouit la personne de l'ennemi venu sous sauf-conduit, étant donné qu'il est un belligérant et qu'il lui est possible à tout moment de rentrer sur le territoire de l'ennemi en guerre. Ce doute doit, en tout cas, si cet (ennemi) est tué (sur notre territoire), empêcher d'appliquer la loi de talion contre son meurtrier". * Nous 1774
dirions: Ce n'est pas ainsi, car ce doute est manifeste pour ceux (des savants) qui croient à cette (nullité de l'immunité), mais non pas à ceux qui n'y croient pas. En outre si la belligérance permet l'effusion du sang (de l'ennemi), la mécréance même suffit (parfois) pour annuler la responsabilité du meurtre. L'indice en est qu'il est interdit de tuer les femmes et les enfants des ennemis en guerre; pourtant, si quelqu'un les tue, celui-ci n'est pas tenu de dédommager en quoi que ce soit, ni par expiation, ni en versant le prix du sang. Car il existe une cause qui annule la responsabilité (de ce crime).

• 3720. Quant au Dhimmî, tout le monde est d'accord que, s'il tue un autre Dhimmî, le talion aura lieu.

comm. Car un (Dhimmî) ne croit pas que la mécréance (c.-à-d. la simple qualité de non-Musulman de sa victime) suffise pour annuler la responsabilité du meurtre. Donc cela ne fait aucun doute pour lui. La belligérance (contre les Musulmans) agit de même entre deux ennemis venus (chez nous) sous sauf-conduit, et ne crée aucun doute au sujet de (l'interdiction de tuer un compatriote). Au contraire il existe une égalité parfaite entre les deux (étrangers, le meurtrier et sa victime), pour ce qui est de l'immunité, chose qui oblige au talion si l'un d'eux tue l'autre. Et il est égal que tous deux soient du même territoire étranger ou de deux différents.

comm. Car l'obligation du talion a lieu en vue du fait qu'il incombe au chef de l'Etat musulman de leur porter secours tant qu'ils se trouvent sur notre territoire. En cela, il n'y a pas de différence s'ils sont du même territoire ou de deux différents.

• 3721. A supposer que ces étrangers soient assez nombreux pour constituer en eux-mêmes une puissance résistante, et qu'ils entrent chez nous sous sauf-conduit, en vue de traverser (notre territoire) pour aller dans un autre pays et le combattre: si certains autres étrangers venus sous-conduit les attaquent sur le territoire islamique, et leur font des prisonniers, alors il ne nous incombe pas de porter secours aux (victimes puissantes), même si nous avons la possibilité de le faire. Ce sera le contraire si les victimes sont des Dhimmîs.

comm. Car les Dhimmîs jouissent de la sécurité à cause du territoire, étant donné qu'ils se sont imposés que la loi islamique régisse leurs affaires contractuelles (**mu'âmalât**).

• 3722. Voilà pourquoi il incombe au chef de l'Etat musulman de leur porter secours exactement comme il lui incombe de porter secours aux étrangers venus sous sauf-conduit, ils sont ressortissants du territoire en guerre, sauf qu'ils se trouvent en ce moment sur notre territoire, en jouissance d'un sauf conduit. Or il nous incombe de leur porter secours et d'écarter d'eux l'oppression en provenance

1775 des ressortissants de notre territoire, * alors que dans le cas en discussion, ceux qui les oppriment ne sont pas des ressortissants de notre territoire, pas plus qu'eux-mêmes ne sont sous notre juridiction (étant donné qu'ils constituent une puissance résistante). Voilà pourquoi il ne nous incombe pas d'écarter d'eux l'oppression (en provenance d'autres étrangers).

comm. Il en est ainsi parce que le territoire islamique a affaire inamicale avec un certain territoire, à savoir le territoire en guerre. Donc quiconque est ressortissant du territoire islamique ne peut demeurer sur ce territoire que si on repousse l'oppression provenant des ressortissants du territoire ennemi. Quant à celui qui n'est pas ressortissant de notre territoire, il y est entré en transit ou pour quelque besoin, après l'accomplissement de quoi il rentre dans son territoire. Or pour l'accomplissement de ce but, on n'a pas besoin de repousser de lui l'oppression provennant des ressortissants d'un territoire qui nous est ennemi; son besoin s'accomplit si on écarte de lui l'oppression provenant des ressortissants de notre territoire. (1) En effet la règle qui s'établit en vue d'un besoin ne s'établit qu'en tenant compte de ce besoin (rien de plus).

• 3723. Qu'il y ait cette différence, l'indice en est que si ces étrangers vainquent les (autres) étrangers venus sous sauf-conduit, (les capturent et) les mettent en lieu sûr, puis qu'ils embrassent l'Islam, leurs (captifs) seront leurs esclaves. Au contraire s'ils capturent par l'exercice de force certains Dhimmîs et les mettent en lieu sûr, puis qu'ils embarssent l'Islam, ces Dhimmîs deviendront hommes libres (c.-à-d. à leur **statu quo ante**). De même si nous capturons sur ces étrangers ce qu'ils ont enlevé aux (autres) étrangers (dotés de la puissance résistante) venus sous sauf-conduit, nous aurons là-dessus un titre de propriété valide, si nous mettons en lieu sûr (nos captifs); mais s'il s'agissait de prisonniers faits sur les Dhimmîs, nous n'aurons sur eux aucun titre de propriété (si nous les delivrions de la captivité): au contraire, ces Dhimmîs redeviendraient hommes libres; et quant à leurs biens, s'il y en avait, il faudrait les rendre à leurs propriétaires d'origine: sans rien demander, si c'est avant le partage des butins; et contre le paiement de la valeur, s'ils ont été déjà partagés.

comm. Nous apprenons ainsi que les Dhimmîs sont comme les Musulmans pour l'obligation qu'on a de leur porter secours. Les étrangers venus sous sauf-conduit ne sont pas ainsi.

• 3724. Ce qui confirme ce que nous avons énoncé c'est que, si ceux des

(1) Cette explication est peu satisfaisante, et l'on est même tenté de penser que Sarakhsî n'a pas saisi ici la portée du texte de Chaibânî. Il a déjà préconisé plus haut qu'on applique le talion si un étranger en tue un autre sur notre territoire, peu importe si les deux sont du même territoire ou de territoires différents. On ne peut donc pas dire qu'un touriste n'a pas besoin d'être protégé, sur le territoire islamique, contre une transgression de la part d'autres étrangers. Il nous semble que la règle énoncée par Chaibânî concerne uniquement les étrangers en transit, qui sont dotés d'une puissance résistante et qui échappent donc à la juridiction islamique. La règle ne concerne pas les étrangers individuels ou en petit nombre, qui n'ont pas de puissance résistante. Les paragraphes suivants nous donnent raisons (cf. IV, 112).

étrangers qui ont capturé certains Dhimmîs passent près d'un groupe de Musulmans * se trouvant sur le territoire en guerre et dotés de puissance résistante, il incombe à 1776
ces derniers de se lever pour délivrer les Dhimmîs de la main de ces étrangers. C'est leur devoir inélucatable au même titre que si les captifs étaient des Musulmans. Au contraire si ces captifs sont des étrangers (dotés de puissance résistante) venus sur notre territoire sous sauf-conduit, puis que ceux (qui les ont capturés) passent près d'un groupe de Musulmans se trouvant sur le territoire en guerre, et dotés de puissance résistante, il n'incombera pas à ceux-ci de les libérer de la main de ces (ennemis).

• 3725. A supposer que les Musulmans jouissent du sauf-conduit des ennemis en guerre, (le reste des circonstances étant le même), il ne leur sera pas loisible dénoncer le pacte de sauf-conduit pour libérer de leurs mains ces étrangers capturés par eux (sur notre territoire). Au contraire, s'il s'agit de (captifs) d'entre les Dhimmîs, il leur incombera de dénoncer le pacte et de combattre pour la défense des familles des Dhimmîs, comme ils combattraient s'il s'agissait de familles musulmanes. En effet le statut légal des ennemis venus (chez nous) sous sauf-conduit est comme celui des ennemis qui ont conclu un traité de trêve (=paix) avec les Musulmans.

• 3726. Or, si le chef de l'Etat musulman conclut un traité de trêve (=paix) avec les habitants d'une région appartenant aux ennemis en guerre, que ce soit contre paiement d'un tribut ou sans aucun paiement, puis qu'un Musulman ou un Dhimmî cherche à les opprimer, alors il incombe au chef de l'Etat musulman d'écarter d'eux cette oppression. Au contraire, si une autre peuplade d'entre les ennemis en guerre attaque ces gens (en paix avec les Musulmans), il n'incombe point au chef de l'Etat musulman d'écarter d'eux l'oppression de cette peuplade (agressive).

comm. Ainsi, la différence qu'il y a entre des gens jouissant d'un traité de trêve (paix) et ceux qui sont venus sur notre territoire sous sauf-conduit, apparaîtra dans l'exemple que voici:

• 3727. Si un des hommes jouissant du traité de trêve (paix) avec les Musulmans tue sur son propre territoire un de ses compatriotes (pour se rendre ensuite sur le territoire islamique), le (tribunal musulman) n'appliquera pas la loi de talion contre le meurtrier; * au contraire, si un étranger tue un autre étranger sur 1777
notre territoire, la loi de talion sera obligatoirement appliquée.

comm. La raison en est que les ressortissants du pays en trêve (paix) ne se sont pas imposés la juridiction islamique, au contraire, ils ont conclu le traité de trêve (paix) pour ne pas tomber sous notre juridiction. Donc leur territoire reste tel quel le territoire d'une ennemi en guerre. On sait que le meurtre sur le territoire en guerre n'exige pas le talion (sur notre territoire). Au contraire, les étrangers venus sous sauf-conduit se trouvent sur le territoire islamique et, tant qu'ils séjournent sur notre territoire, sont assujettis à la juridiction islamique concernant les droits de l'homme. Le talion en fait partie.

•3728. (Chaibânî) ajoute: Si un groupe d'ennemis doté de puissance résistante entre sur notre territoire en obtenant le sauf-conduit, et que dans le même contrat il stipule que nous le protégions autant que nous protégeons les Musulmans et les Dhimmîs, alors il nous incombera de remplir pour eux cette stipulation. Donc si certains (autres) ennemis en guerre les attaquent, il nous faudra nous lever pour écarter d'eux l'oppression, et cela en vue de cette parole du Prophète: "Les croyants observent leurs stipulations".

comm. Il en est ainsi parce que ce qu'on s'impose par une cause créant le sauf-conduit est comme ce qu'on s'impose moyennant une stipulation. Il faut donc voir quelle a été la stipulation.

• 3729. De même si les (ennemis) contractent la trêve (paix) avec nous à condition de (nous) payer une somme déterminée, tout en ajoutant la même stipulation (concernant la protection de leurs personnes etc.), il incombera au chef de l'Etat musulman de remplir pour eux l'objet de cette stipulation, pourvu que cela lui soit possible. A supposer qu'il n'en ait pas la possibilité, alors il n'a pas la faculté de leur demander l'argent stipulé.

1778 **comm.** * Car ils se sont imposés ce (versement) contre la protection qu'on leur accorderait. Si le (chef musulman) se trouve dans l'incapacité * de leur procurer protection, alors il n'a la faculté d'obtenir d'eux aucun argent. Cela à l'instar du cas où le (chef musulman) ne demande pas d'impôt- **zakât** aux propriétaires musulmans des troupeaux, ni de capitation ou d'impôt foncier (**kharâj**) aux Dhimmîs, quand il se toruve dans l'incapactié de leur procurer protection: Quand, par exemple, les rebelles s'emparent de la régions des (dits imposables).

• 3730. A supposer que les étrangers venus sous sauf-conduit dans notre territoire comportent des gens ne possédant pas de puissance résistante, et que le reste des circonstances soit le même, alors il incombe au chef musulman d'écarter d'eux toute oppression comme il l'écarte des Dhimmîs. Ainsi quand certains étrangers (**litt.** ennemis) s'emparent de ces autres étrangers-là (et cela sur le territoire islamique), puis que les Musulmans les leur reprennent, les étrangers (repris) redeviendront hommes libres. De Même si les (agresseurs) se sont emparés des biens de ces (autres étrangers sur notre territoire), et que ces derniers retrouvent leurs biens par la suite dans le butin (fait par les Musulmans), ils les reprendront sans rien payer, si c'est avant son partage; mais si le butin est déjà partagé, alors ils les reprendront contre paiement de la valeur, au contraire du cas précédent (où les Musulmans ne s'étaient pas imposés la condition de les protéger contre les étrangers dotés de puissance résistante).

comm. La raison en est qu'ici, ces étrangers se trouvent sous la puissance résistante des Musulmans. Leur qualité d'hommes libres étant renforcée par la puissance résistante des Musulmans, elle ne se rompt pas par la domination (des étrangers quand ils se trouvent sur le territoire islamique).

• 3731. De même l'enlèvement de leurs biens (par les étrangers agresseurs) survenue dans la juridiction (**litt.** puissance résistante) musulmane, n'annule point le

droit du propriétaire d'origine (ici, l'étranger venu sous sauf-conduit). Dans le cas précédent, les étrangers (victimes de l'agression de la part d'autres étrangers) se protégeaient par leur propre puissance résistante, et non par la puissance résistante des Musulmans.(1)

comm. Et nous avons déjà mentionné que de tels étrangers restent toujours des ennemis en guerre, même s'ils se trouvent sous notre sauf-conduit. Pour cette raison leur qualité d'hommes libres ne se renforce pas par la juridiction (**litt.** puissance résistante) musulmane. De là le staut légal que nous avons énoncé à leur propos.

• 3732. * Dans le cas présent (d'etrangers non dotés de puissance résistante sur 1779
le territoire islamique), si ceux des étrangers qui s'emparent de ces (autres étrangers) par agression passent près d'un groupe de Musulmans doté de puissance résistante et se trouvant sur le trerritoire ennemi, ce dernier aura le devoir de se lever pour leur porter secours et pour les délivrer des mains de ceux qui les ont capturés (sur le territoire islamique), comme c'est aussi le cas si ce (groupe musulman) rencontre des Dhimmîs (captifs en pareilles circonstances), au contraire du cas présent (où les étrangers dotés de puissance résistante étaient victimes, sur notre territoire, d'une agression de la part des autres étrangers venus sous sauf-conduit et où il n'y avait pas de stipulation prévoyant que les Musulmans protégeraient ce groupe puissant d'étrangers). Et Dieu sait mieux.

1780

* Chapitre (170)

DU CHEF DE L'ETAT MUSULMAN QUI ENTRE AVEC L'ARMÉE SUR LE TERRITOIRE DE L'ENNEMI EN GUERRE, QUAND UN GROUPE D'ENNEMIS EN GUERRE OBTIENT DE LUI LE SAUF-CONDUIT ET ENTRE EN SA COMPAGNIE (SUR LE TERRITOIRE ENNEMI)

• 3733. Si le chef de l'Etat musulman entre en compagnie d'une armée sur le territoire ennemi et si un groupe d'ennemis dotés de puissance résistante obtient de lui un sauf-conduit et y entre lui aussi, alors il faut distinguer: Si ce groupe d'étrangers entre (sur le territoire ennemi) sans que le chef de l'Etat musulman le lui ait demandé et si par la suite les mécréants combattent ledit gruope d'étrangers, alors il n'incombe ni au chef musulman ni aux (Musulmans) de lui porter secours, à moins qu'on le veuille (à titre de charité);-

comm. Car en lui donnant un simple sauf-conduit, les Musulmans s'imposent seulement de ne pas le molester; et ils ne s'imposent pas de le défendre (contre un ennemi sur le territoire ennemi);-

• 3734. Certes si le chef de l'Etat musulman lui a commandé d'entrer (avec lui sur le territoire ennemi) pour quelque avantage des Musulmans, comme par exemple

---

(1) Voir la note précédente (sur IV, 110)

la participation aux combats, le commerce, ou le soin des blessés, alors il incombe aux (Musulmans) de porter secours au dit (group d'étrangers).

comm. Car quand le chef musulman lui commande d'entrer (sur le territoire ennemi), pour quelque avantage des Musulmans, il s'impose de le protéger de la même manière qu'il protége les Musulmans. Or il incombe au (chef musulman) de se lever pour porter secours aux Musulmans si l'ennemi se dirige vers eux. En se fondant sur cette même (différence), Chaibânî dit ceci:

Dans le premier cas (de l'entrée sans la demande du chef musulman), si les ennemis en guerre s'emparent dudit groupe et le mettent en sécurité et que par la suite les Musulmans s'emparent de ce (groupe), celui-ci constituera un butin (pour les Musulmans); mais dans le deuxième cas (de l'entrée sur la demande du chef musulman), les membres (récupérés de ce groupe) seront hommes libres comme auparavant.

1781 • 3735. * Il en est de même [1] des biens de ce groupe: si les ennemis les capturent et les mettent en sécurité et que par la suite les Musulmans en fassent butin, dans le premier cas on ne les rendra pas aux propriétaires d'origine, mais on le fera, dans le deuxième cas, et sans leur rien demander si c'est avant le partage en butin. De même, si les ennemis qui ont capturé les membres dudit groupe embrassent l'Islam, les captifs resteront comme leurs esclaves, dans les deux cas (de l'entrée sans ou avec la demande de la part du chef musulman).

comm. Mais cette (opinion de Chaibânî) est difficile (à soutenir) dans le deuxième cas (de l'entrée sur la demande du chef musulman). Car si les Musulmans les dominent (et les délivrent de la captivité), ils redeviendront hommes libres, comme nous l'avons déjà mentionné. Il fallait donc que, si ceux qui les ont capturés embrassent l'Islam, ces (convertis) les mettent en liberté, et cela au même titre que s'ils avaient capturés des Musulmans ou des Dhimmîs et qu'ensuite ils avaient eux-mêmes embrassé l'Islam. Mais pour la défense (de l'opinion de Chaibânî), on peut dire: Un tel statut légal s'établit en fonction de ce que le chef de l'Etat musulman s'est imposé. Or la condition (de protéger les étrangers) n'entre en vigueur (comme devoir) du chef de l'Etat musulman et de ceux qui se trouvent sous sa juridiction, que quand le chef se l'est imposé. Ici, ceux qui ont embrassé l'Islam ne se trouvaient pas sous la juridiction du (chef musulman) au moment où (ils ont capturé ces étrangers) et ils en étaient devenus propriétaires par la mise en sécurité (de leurs captifs). Donc s'ils embrassent l'Islam, ils restent propriétaires de ces (captifs réduits en esclavage). Cela à cause de cette parole du Prophète: "Quiconque embrasse l'Islam étant en possession de quelque chose, cette chose lui appartient."

• 3736. A supposer que le chef musulman ne leur demande pas d'entrer sur le territoire ennemi, mais que ce soit eux qui lui demandent l'autorisation d'y entrer (en sa compagnie) afin de mener un commerce dans le campement musulman, alors leur statut légal est comme celui du cas précédent.

---

(1) Coquille dans l'éd., où ولو كذلك, à lire وكذلكو, comme dans le MS de Paris.

comm. Car ils entrent (sur le territoire ennemi) pour leur propre intérêt matériel. Or si le chef de l'Etat musulman ne faït que donner la simple autorisation (d'entrer), il ne s'impose pas le devoir de leur porter secours, exactement comme il ne s'impose pas ce devoir quand il leur octroie le simple sauf-conduit.

• 3737. Quant au Musulman qui entre sous sauf-conduit sur le territoire ennemi, il lui incombe de ne pas trahir les gens de ce pays-là, non plus que de leur enlever quoi que ce soit de leurs biens sans leur consentement.

comm. Car il s'est imposé le devoir de remplir envers eux (ses obligations) tout comme eux de leur côté remplissent les leurs à son égard. Mais contraire est le cas d'un prisonnier qui se trouverait chez eux.

suite: En outre, tout comme il n'est pas permis à un touriste (musulman) de tuer les (habitants du territoire visité) ou de leur enlever leurs biens sans leur consentement, il ne lui est pas non plus permis de commander à un prisonnier (musulman) de le faire.

comm. * Car l'acte de celui qui reçoit un commandement est en quelque sorte 1782
comme l'acte de celui qui a commandé.

• 3738. A supposer que ce touriste soit un jurisconsulte musulman, et que le prisonnier (musulman) le consulte: "Est-ce que je suis légalement autorisé à les tuer et à leur enlever leurs biens?", alors il est permis au (touriste-juriste) de lui exposer la loi à ce propos.

comm. Car la **responsa prudentium** n'est que l'exposé de la règle de la loi, et on n'y donne pas commandement de faire quelque chose. En effet, en obtenant le sauf-conduit, le touriste ne s'impose pas le devoir de s'abstenir d'exposer les règles de la loi.

Ne vois-tu pas ceci? Un (pèlerin) sacralisé ne doit ni chasser un gibier ni donner ordre à un non-sacralisé de le faire; pourtant si ce (pèlerin) est un jurisconsulte et si un non-sacralisé le consulte: "Est-ce qu'il m'est permis de chasser le gibier?", l'autre a la faculté de donner sur ce point la **responsa prudentium.** Nous apprenons ainsi que, donner la **responsa prudentium** n'est pas comme donner l'ordre.

• 3739. Si un groupe d'ennemis en guerre concluent un pacte de trêve avec les Musulmans, avec la condition qu'ils paieront un certain tribut chaque année, et avec la condition aussi qu'on ne leur appliquera pas la juridiction islamique, et que néanmoins on les protégera de leurs ennemis, si plus tard une certaine peuplade ennemie domine ces (protégés des Musulmans) pour capturer des femmes et des enfants et qu'ensuite les Musulmans les délivrent, alors il faut distinguer: Si la délivrance a eu lieu pendant les années où le traité de trêve était en vigueur, ces (captifs récupérés) redeviendront hommes libres comme auparavant; et s'il s'agit d'une époque où le traité était expiré, ces (captifs) feront partie du butin pour les Musulmans.

comm. Car les (Musulmans) se sont imposés le devoir de leur porter secours

pendant les années du pacte de trêve, et non pas après. Il leur incombe donc de remplir seulement ce qu'ils se sont imposés.

• 3740. Et sur la même base, si ce sont les biens (des protégés des Musulmans) qui ont été enlevés, pour tomber par la suite dans les butins * capturés (par les Musulmans), il faut distinguer: Si cela s'est passé après l'expiration du traté de trêve, on n'a pas le devoir de leur en rendre quoi que ce soit; mais si c'est durant les années du contrat, il faut également distinguer: Si ces (protégés) retrouvent leurs (bines) avant le partage du butin, ils les reprendront sans rien payer; mais s'ils les retrouvent après le partage, ils pourront les reprendre contre paiement de la valeur, s'ils le désirent. Cela à l'instar du statut légal des biens appartenant aux Dhimmîs. Toutefois si les ennemis (qui ont capturé les personnes et les biens des protégés des Musulmans) embrassent l'Islam, (même) durant les années du contrat de trêve, ils n'auront rien à leur rendre, ni les biens ni les personnes.

comm. Car le devoir de donner protection sur la base du traité de trêve ne s'établit pas pour (=ne lie pas) ces (ennemis des Musulmans qui ont maintenant embrassé l'Islam), étant donné qu'au moment (où ils ont fait des captures) ils ne se trouvaient pas sous la juridiction islamique.

• 3741. En outre, dans tous ces cas cités plus haut, si l'ennemi combat ces (protégés des Musulmans) durant les années du contrat de trêve, et que le chef de l'Etat musulman soit dans l'incapacité de leur porter secours, le chef musulman n'a pas la faculté de leur demander le tribut stipulé; et même, s'il en a obtenu paiement, il lui faut le leur rendre. Exception faite du cas où le chef musulman les délivre de la captivité, durant les années du contrat. De même, si ceux qui ont dominé ces (protégés des Musulmans) embrassent l'Islam alors aussi le chef de l'Etat musulman rendra aux (protégés) le tribut qu'il en a reçu, et cela pour la raison que nous avons évoquée (à savoir que les convertis n'ont pas besoin de restituer leur captures aux propriétaires d'origine). Or le chef obtient le tribut à condition de leur porter secours; et si le chef musulman s'en trouve dans l'incapacité, **de sensu** ou **de jure**, il lui incombe de leur rendre ce qu'il a reçu d'eux. [1] Et tout pouvoir provient de Dieu.

1784 *** Chapitre (171)**

EXPOSÉ SUR LE TEMPS OU UN TOURISTE VENU SOUS SAUF-CONDUIT A LA FACULTÉ DE RENDRE DANS SA FAMILLE, ET LE TEMPS OU IL NE LE PEUT PLUS.

• 3742. Ainsi parle (Chaibânî) : Nous avons déjà mentionné que l'épouse suit son époux, quant au domicile, mais que l'époux ne suit pas son épouse. Donc si une touriste venue sous sauf-conduit épouse sur notre territoire un Musulman ou un Dhimmî, elle devient une Dhimmîya (sujet de l'Etat Islamique) et n'a plus la faculté

(1) Mais notre auteur semble oublier que ces anciens protégés ne sont plus hommes libres, mais réduits en esclavage. A qui rembourser donc le tribut reçu?

de rentrer sur le territoire ennemi. Ce sera le contraire si un touriste, venu sous sauf-conduit, épouse une Dhimmîya sur la même base, si un homme (ennemi) accompagné de sa femme se rend chez nous sous sauf conduit, puis que l'homme se fasse naturaliser comme Dhimmî, sa femme n'aura pas la faculté de regagner le territoire ennemi. Il en sera de même si cet homme embrasse l'Islam et qu'elle, sa (femme), reste sur la religion des gens du Livre (judéo-chrétien).

comm. Car le mariage entre eux subsiste même après que l'homme a embrassé l'Islam.

• 3743. Mais ce sera le contraire si l'homme embrasse l'Islam et que sa femme garde sa religion des Mages (zoroastrisme), étant donné que le mariage ne peut subsister dans de telles conditions. Donc, si une séparation judiciaire intervient (pour annuler le mariage après qu'on lui a présenté l'Islam (mais qu'elle l'a refusé), ou à l'expiration d'un délai de trois menstrues, elle aura la faculté de regagner le territoire ennemi. La séparation (automatique) qui a lieu ici à l'expiration du délai de trois menstrues montre qu'elle n'était pas devenue une Dhimmîya.

comm. * Car si elle était devenue Dhimmîya, la séparation n'aurait pas lieu 1785
(automatiquement) par son refus d'embrasser l'Islam, à moins qu'il y ait une décision du tribunal, comme c'est le cas pour le couple marié que serait **ab initio** dhimmî.

• 3744. Sur la même base, si un touriste épouse une touriste, tous deux étant venus sous sauf-conduit, et si le mariage a eu lieu sur notre territoire, puis que l'homme se fasse naturaliser comme Dhimmî, elle deviendra elle aussi une Dhimmîya, comme lui.(1)

comm. Car le mariage qu'ils ont pris l'initiative de contracter sur le territoire islamique n'aura pas moins d'effet que le mariage contracté sur le territoire ennemi.

suite: Il en sera de même si l'un des deux époux entre d'abord chez nous sous sauf-conduit, puis que l'autre suive également sous sauf-conduit.

Car leur mariage se tient, étant donné que la séparation de territoires entre eux, (cause d'annulation du mariage), n'existe pas **de jure** (vu que le premier qui est venu peut toujours rentrer, à son gré, dans son territoire d'origine).

• 3745. Si l'un des deux époux entre (sur le territoire islamique) avant l'autre, et cela sous sauf-conduit, ce sera exactement comme si les deux entraient ensemble, dans tous les différents cas que nous avons évoqués, à titre de ramification. A supposer que dans tous ces cas ce soit la femme qui embrasse l'Islam, alors son mari (qui n'embrasse pas l'Islam) sera libre de regagner le territoire ennemi. Il y a une exception, à savoir que si elle l'a épousé sur le territoire islamique et si elle lui réclame le salaire d'honneur (du mariage, **ṣudâq** ou **mahr** non encore payé), elle aura le droit de l'empêcher de regagner (le territoire ennemi) avant qu'il lui ait payé complètement son salaire d'honneur. Mais si le mariage a eu lieu sur le territoire

(1) Ainsi مثله dans le MS de Paris, l'éd. portant: مثلها

ennemi, elle n'a pas droit à la même procédure. Cette (différence) se fonde sur un principe bien connu, à savoir qu'un touriste venu sous sauf-conduit n'est pas tenu pour responsable (chez nous) d'un contrat qui a été conclu sur le territoire ennemi, mais seulement par l'exigence de ce qui a lieu sur le territoire islamique. On sait que
1786 le salaire d'honneur s'impose par un contrat de mariage. * Donc si le contrat de mariage a eu lieu sur le territoire ennemi, la femme n'a pas le droit, sur le territoire islamique, de faire contre son (mari) des réclamations qui découlent de ce mariage-là.

comm. Car cet homme reste toujours un touriste sous sauf-conduit, comme avant (la conversion de sa femme). Certes si le mariage a eu lieu sur le territoire islamique, elle aura le droit de faire des réclamations pour ce qui en découle sur le territoire islamique, et elle pourra faire incarcérer l'homme pour le paiement.

• 3746. Si le mari embrasse l'Islam alors qu'elle, sa femme, reste sur la religion des gens du Livre (judéo-chrétiens), puis qu'elle nie l'existence même du mariage, si le mari établit la preuve, par des témoins musulmans ou dhimmîs, pour l'existence du mariage-ou même pour l'existence d'un aveu que la femme aurait fait sur le territoire ennemi -le juge musulman ne prendra pas en considération ce témoignage.

comm. Car selon toute apparence elle est une touriste venue sous sauf-conduit et elle nie l'existence du mariage. Or c'est la parole du négateur qui prévaut. Si l'on prenait en considération le mariage, elle deviendrait une Dhimmîya, Dans ce cas, le témoignage (produit par le mari chercherait à s'établir contre une touriste venue sous sauf-conduit pour un contrat qui aurait eu lieu de sa part sur le territoire ennemi. Or le juge musulman n'admet pas un tel témoignage contre elle.

Si l'on disait: "Les témoins attestent contre elle qu'elle est devenue une Dhimmîya-vu qu'elle est l'épouse d'un Musulman ou d'un Dhimmî- il faut donc que le juge admette un tel témoignage, pour établir ce statut légal". Nous dirions: Un tel statut légal ne s'établit que comme incidence du staut légal pour lequel le témoignage a été produit. Donc un témoignage (qui prouve ce qui n'est qu'une
787 incidence), ne peut pas prouver ce qui est * le fait principal. Ce qui se prouve comme une incidence se prouve (automatiquement) par la preuve de la chose principale. Cela ressemble au cas de l'acheteur d'une jeune esclave: s'il affirme contre le vendeur que cette jeune esclave est l'épouse d'un tel, qui est alors absent, et s'il veut en produire la preuve afin que le juge décrète qu'il peut rendre (cette esclave au vendeur) à cause du défaut qu'elle a (d'être mariée), le juge n'écoutera pas ce témoignage de sa part, avant que le mari (de cette esclave) se présente. La raison ici est la même.

• 3747. (Revenons au cas en discussion, celui des touristes). Si le mari produit la preuve, contre la femme, qu'elle a avoué sur le territoire (non pas ennemi, mais) islamique l'existence du mariage, alors le juge musulman admettra cette preuve et empêchera la femme de regagner le territoire ennemi. Ce sera comme si elle avait avoué devant le juge musulman lui-même.

comm. Car les témoins attestent que cette femme a fait un aveu sur le territoire islamique.

Si l'on disait: "Il fallait qu'on n'admît pas ce témoignage non plus, car le cause qui impose un contrat n'est pas l'aveu qui en est fait, mais le contrat lui-même[1]. Or celui-ci a eu lieu sur le territoire ennemi. Ce sera donc à l'instar du cas où un Musulman réclame contre cette femme une dette à cause d'une transaction intervenue sur le territoire ennemi. Donc, même s'il produit la preuve que cette femme a avoué sur le territoire islamique l'existence d'une telle transaction, le juge musulman n'admettra quand même pas cette preuve". Nous dirions: La différence entre les deux cas est manifeste. Car le mariage est une chose qui subsiste entre les deux époux, et il y a certains statuts qui concernent sa subsistance, par exemple les frais d'entretien de la femme (qui s'imposeat au mari), frais qu'il faut continuellement payer par petites quantités (=mensualités). Donc l'aveu de la part de la femme, fait sur le territoire islamique, a le même effet que si cette transaction avait eu lieu **ab initio,** du moins pour certains effets, au contraire du cas du prêt d'argent.

Ne vois-tu pas ceci? si cette femme épousait un autre mari sur le territoire islamique, et que le premier mari produisait la preuve qu'elle a avoué sur le territoire islamique l'existence du premier mariage, avant qu'elle ait contracté le deuxiéme mariage (en bigamie), le juge musulman n'aura pas la faculté de la séparer du deuxième mari.

Vois-tu? Si c'était cette femme elle-même qui avait porté plainte en réclamation de ses frais d'entretien-ou si elle avait prétendu avoir été l'objet du divorce trois fois répété (donc définitif et irrévocable) de la part de son mari- et si elle avait produit la preuve de ce qu'elle disait, le juge musulman n'admettrait- il pas cette preuve de sa part à elle? Tout cela est inéluctable à cause du point juridique que nous avons évoqué.

• 3748. Si le touriste venu sous sauf-conduit prolonge son séjour sur notre territoire, le chef de l'Etat musulman l'avertira qu'il sorte, et lui fixera un délai; mais il ne lui imposera pas de difficulté qui lui cause du tort.

comm. * Car il doit veiller sur les intérêts des deux parties. Donc tout comme 1788
il empêchera l'(étranger) de prolonger son séjour sans paiement du tribut (=chapitation), en vue des intérêts des Musulmans, il ne lui imposera pas de difficulté, en fixant un délai (trop court), en vue des intérêts de cet (étranger) venu sous sauf-conduit.

• 3749. Si cet (étranger-là) achète une pièce d'un terrain assujetti aux impôts fonciers propres aux Dhimmîs (**kharâj**) ou assujetti aux dîmes (impôt foncier propre aux Musulmans), puis qu'il le cultive, il devra payer non seluement l'impôt foncier respectivement de **kharâj** ou de dîme, mais aussi la capitation (**kharâj-u ra'sihi,** c.-à-d. la **jizya**).

---

(1) Le texte ajoute ensuite: "et non pas l'aveu", ce qui est superflu.

comm. Ces ramifications de statuts ne se fondent que sur le principe énoncé par Chaibânî. Car, selon lui, si un non-Musulman achète une pièce d'un terrain assujetti à la dîme (donc appartennant dès l'origine aux Musulmans), ce terrain restera assujetti à la dîme. En outre, certains de nos collègues pensent que cet (étranger) deviendra (automatiquement un Dhimmî, en raison de ce qu'il a entrepris, à savoir qu'il a acheté une terre assujettie à l'impôt foncier (**kharâj**), chose qui indique que cet homme consent à s'imposer le tribut (capitation). Mais ce n'est pas ainsi, car, à ce propos, l'héritage (de la terre) et l'achat sont pareils. Or, en cas d'héritage, la (terre) entre dans le titre de propriété de cet (étranger) sans qu'il fasse quoi que ce soit, qu'il le désire ou qu'il ne le désire pas. Au contraire, il deviendra un Dhimmî seulement quand l'impôt foncier le grèvera effectivement, à savoir quand il cultivera la terre, ou qu'il aura la capacité de la cultiver. Autrement il aura la faculté de regagner le territoire ennemi (en tant que simple touriste venu sous sauf-conduit) même après l'achat de la terre mais avant d'en avoir profité. Le point essentiel est que la capitation est comme une incidence découlant de l'impôt foncier. Car si le chef de l'Etat musulman a le droit de combler de faveurs les habitants d'une région conquise par l'exercise de la force, (et de ne pas les réduire en esclavage), c'est en vue de l'intérêt qu'il y a dans les l'impôts fonciers (que paieront ces Dhimmîs) et non point en vue de la capitation qu'ils verseront, étant donné que la capitation n'est pas chose perpétuelle: elle tombe aussi bien par la mort du Dhimmî que par sa converison à l'Islam. Nous apprenons ainsi que l'essentiel est l'impôt foncier; et ce qui est une incidence s'établit quand s'établit ce qui est le principal. Donc si l'impôt foncier est imposé à cet (étranger venu sous sauf-conduit), la capitation aussi lui est imposée comme une incidence.

Si un (étranger venu sous sauf-conduit) obtient en location (**ista'jara**) une terre et prolonge son séjour jusqu'à la cultiver et si on l'assujettit à l'impôt foncier, on le traitera aussi comme Dhimmî naturalisé.

Mais cette (règle énoncée par Chaibânî) est fausse. Car, (vis-à-vis du gouvernement) l'impôt foncier n'est pas imposé au locataire (**musta'jir**), mais au locateur (**âjir**) de la terre. A moins que (Chaibânî) n'ait voulu parler du tribut proportionné à la récolte (**kharâj al-muqâsama**), qui est une partie de l'impôt foncier, quelque chose comme la dîme, et qui est imposé au locataire, selon l'avis de Chaibânî, comme c'est le cas de la dîme des récoltes des terres cultivées. Mais quant au tribut imposé (**kharâj al-wazîfa,** l'impôt foncier), il est exigé en dirhams (argent comptant) et il est imposé au locateur- propriétaire de la terre, et celui-ci en est redevable parce qu'il a la capacité de profiter de cette pièce de terre.

1789 **suite:** * Il en sera de même si l'(étranger) obtient en location une terre assujettie à la dîme des récoltes, et prolonge son séjour jusqu'à pouvoir la cultiver.

comm. Ici, cela tient, car, selon l'avis de Chaibânî, la dîme est imposée directement au locataire (de la terre). La dîme des récoltes et l'impôt foncier, chacun d'eux est la redevance (**mu'na**) d'une terre productrice. Donc, tout comme un (étranger) devient Dhimmî naturalisé quand l'impôt foncier le grève, nous disons qu'il le devient aussi quand la dîme sur les récoltes le grève.

• 3750. Si un ennemi en guerre se rend chez nous sous sauf-conduit et qu'il soit accompagné d'esclaves, ressortissants du pays ennemi, si ces derniers embrassent l'Islam, on contraindra leur (maître) à les vendre (à un ressortissant musulman), et on ne le laissera pas les ramener (en territoire ennemi).

comm. Car, à ce propos, la condition de cet (1) (étranger, maître des esclaves convertis) ne sera pas meilleure que celle des Dhimmîs (qui sont, eux aussi, obligés de vendre leur esclaves musulmans à un Musulman, de même donc cet étranger). Mais ce (maître) ne devient pas automatiquement un Dhimmî du fait de la conversion de ses (esclaves); car un maître ne suit pas ses esclaves quand au domicile, exactement comme un mari ne suit pas en cela sa femme.

suite: Si lesdits (esclaves n'embrassent pas l'Islam, mais seulement disent: Nous voulons nous faire naturaliser comme Dhimmîs (sujets) des Musulmans, on ne prendra pas en considération leur (demande).

comm. Ce sera le contraire dans le cas d'une femme: il lui est permis de se faire naturaliser comme Dhimmîya sans son mari. Dans les deux cas (de l'esclave et de la femme) il n'y a pas de bénéfice de tribut pour les Musulmans, car il n'y a pas de capitation sur une femme, pas plus qu'il n'y en a sur un esclave. Mais la différence est qu'une femme libre a la capacité de passer elle-même des contrats. Il est donc correct de sa part de passer contrat de naturalisation. Quant à l'esclave, propriété de quelqu'un, il n'a capacité de faire quoi que ce soit. Il n'est donc pas correct de sa part de passer de contrat pour se faire naturaliser comme Dhimmî. Un tel contrat dépend du consentement des deux parties (l'étranger et le gouvernement musulman; or l'étranger, s'il est esclave, ne peut pas valablement donner son consentement à un contrat, sans l'autorisation de son maître).

• 3751. (Chaibânî) poursuit: Si un ennemi en guerre, qui est accompagné de sa femme, se rend sur notre territoire sous sauf-conduit et que ce couple soit accompagné d'enfants, petits et grands, si un des époux embrasse l'Islam, les enfants mineurs deviendront automatiquement Musulmans eux aussi, à la suite de celui des deux parents qui a embrassé l'Islam; quant aux enfants majeurs, ils ne deviennent pas Musulmans automatiquement, mais ils auront la faculté de regagner le territoire en guerre, peu importe s'ils sont du sexe masculin ou féminin.

comm. * Car le devoir de suivre (les parents) tombe dès qu'on atteint la 1790
puberté et qu'on possède un esprit sain. Lesdits parents n'auront pas la faculté d'empêcher ces (enfants majeurs) de ragagner le territoire ennemi, exactement comme ce couple n'aurait pas le droit d'en empêcher un autre proche parent quelconque.

• 3752. Si l'un des deux époux se fait naturaliser comme Dhimmî, les enfants mineurs deviennent aussi Dhimmîs, à sa suite.

comm. Car le contrat de naturalisation comme Dhimmî implique qu'on

(1) Nous lisons: حاله , le texte portant: حالهم

s'impose la juridiction islamique concernant les affaires temporelles. Un enfant mineur suit, en cela, le meilleur de ses deux parents, (le meilleur du point de vue islamique). Ne vois-tu pas que si les deux époux étaient des Mages (zoroastriens) et que l'un d'eux embrasse le Christianisme, leur enfant mineur deviendra automatiquement Chrétien, de sorte que les (Musulmans) pourront consommer une bête qu'il égorgerait? (L'égorgement pratiqué par les Mages, par les idolâtres, par les athéistes etc. est interdit aux Musulmans pour la consommation). Donc si l'un des deux époux passe contrat de naturalisation comme Dhimmî, leur enfant mineur deviendra automatiquement un Dhimmî, à sa suite, peu importe si c'est la femme qui s'est fait naturaliser ou son mari.

Ne vois-tu pas ceci? Si les deux époux étaient des Musulmans puis que le mari apostasie pour se refugier sur le territoire ennemi, en compagnie de son enfant mineur, si par la suite on capture cet (enfant), celui-ci ne fera pas partie du butin, mais sera considéré comme homme libre, ressortissant de notre territoire. En effet on prendra ici en considération le statut de sa mère (qui n'a pas apostasié). Donc on raisonnera sur la même analogie dans le cas en discussion (et l'enfant mineur deviendra automatiquement Dhimmî même si un seul de ses parents devient Dhimmî).

• 3753. Si un enfant mineur se rend (sur le territoire islamique) sous sauf-conduit, en compagnie de son frère ou de son oncle, puis que ce dernier embrasse l'Islam -ou devient Dhimmî- l'enfant ne le suivra pas en cela; il faudra attendra qu'il atteigne la puberté, puis, s'il le veut, il regagnera le territoire ennemi, et s'il le veut, il contractera le pacte de naturalisation comme Dhimmî chez nous.

comm. Car la qualité de Dhimmî est un substitut de l'Islam, en ce qui concerne les affaires temporelles. Or un mineur ne devient pas automatiquement Musulman à la suite de son frère. De même donc pour devenir Dhimmî. Mais celui qui a fait venir ce (mineur sur notre territoire) l'a fait sous sauf-conduit. Cela fait que le mineur ne deviendra pas automatiquement ressortissant de notre territoire, tant qu'on n'aura pas ordonné (dans le cas de la capture isolée par exemple) qu'il soit considéré comme Musulman par suite du territoire (de son domicile; ici, le territoire islamique). Ce sera le contraire si un mineur a été fait prisonnier de guerre et qu'il n'ait été accompagné d'aucun de ses parents (auquel cas il sera considéré comme Musulman).

1791 • 3754. * Si celui qui amène un mineur dit: "Accordez-moi le sauf conduit, sous la condition que je me ferai naturaliser comme Dhimmî, moi ainsi que ce garçon", et si les (Musulmans) le lui accordent, tous deux deviendront Dhimmîs.

comm. Car celui qui amène ce (mineur) a le droit d'en être le gardien. Donc il a aussi le droit de contracter pour lui la naturalisation comme Dhimmî, étant donné qu'en cela il n'y a que bénéfice pour le mineur. C'est comme d'accepter un don (au nom d'un mineur) et d'en obtenir possession.

• 3755. Si c'est le grand-père, le père du père de l'enfant, qui l'amène chez nous, et qui ensuite embrasse l'Islam ou se fait naturaliser comme Dhimmî, alors

aussi le réponse à cette question sera pareille, peu importe si le père de cet enfant est en vie ou s'il est mort.

comm. Ceci se fonde sur l'avis de (Chaibânî), rapporté dans ses ouvrages appelés (**zâhir ar-riwâya**" (cf § 158), qui dit que le principe est que le mineur ne devient pas automatiquement Musulman par l'islamisation de son grand père. Mais l'avis d'Abû Hanîfa, qui a été rapporté par al-Hasan, est que le mineur devient Musulman par l'Islamisation de son grand-père tout comme il le devient par l'islamisation de son père. En effet selon les **Zâhir ar-riwâya,** le grand-père est comme le père sauf sur quatre point; à savoir: l'Islamisation (des descendants mineurs), le statut de l'impôt à payer le jour de la fête de la rupture des jeûnes (**'ìd al-fitr,** au nom des descendants mineurs), dans le cas d'un testament en faveur des "proches parents d'un tel" (en l'absence du père, le grand-père n'en bénéficie pas), et les droits en provenance d'un esclave affranchi (si celui-ci meurt sans laisser des héritiers naturels, et que le père du mineur ait des droits sur l'héritage, le grand-père n'en bénéficie pas si le père est mort). Mais dans le susdit récit que fait al-Hasan, le grand-père est considéré comme le père, (en l'absence du père), dans tous les cas, Mais l'avis correct est celui qui se trouve consigné dans les **Zâhir ar-riwâya.** Car si un enfant devait automatiquement devenir Musulman par l'islamisation du grand-père le plus proche, il le serait par l'islamisation de l'ancêtre le plus éloigné. Cela nous mènerait à dire que tout non -Musulman doit être considéré comme apostat, étant donné que ses ancêtres sont Adam et Noë (qui suivaient la religion révélée, l'Islam):

• 3756. Si un enfant mineur a été amené (en territoire islamique) par un de ses père-et-mère, sous sauf- conduit- ou même par son frère (aîné)- et que cependant le grand- père (du mineur) soit un Musulman, le (père ou le frère qui a amené l'enfant) a la faculté de le ramener (en territoire ennemi), et le grand-père (musulman) n'a pas le droit de l'en empêcher.

comm. Car le grand- pére n'a pas droit de tutelle sur son (petit-fils mineur), eu égard au fait qu'il y a différence de religion (entre les deux). Donc il est égal que ce (grand-père) existe ou n'existe pas. Et le frère aura la faculté de ramener son (frère mineur) en territoire ennemi, comme il l'a amené (chez nous de là-bas).

• 3757. * Si le frère du (mineur) se rend (chez nous) pour en obtenir 1792
possession et le ramener (en territoire ennemi) alors même que le père du (mineur) est en vie, ce frère ne pourra rien faire à ce propos.

comm. Chaibânî entend par là le cas où le père est en vie et se trouve sur le territoire islamique: Alors en présence du père, le frère n'a pas droit de tutelle.

• 3758. De même si l'oncle du (mineur) arrive pour en prendre possession alors que le frère (du mineur) est en vie, dans ce cas aussi l'oncle est comme un étranger quant au droit de tutelle, du moment que le frère (du mineur) est en vie. Toutefois, si la mère arrive pour prendre le (mineur) alors que le père est en vie- ou même si le père est mort mais que le frère aîné soit en vie- il faut distinguer: Si

l'enfant est si petit qu'il n'est pas à même de se passer de sa mère, celle-ci aura le droit de le prendre.

comm. Car elle a plus de droit à être la gardienne de l'enfant, tant qu'il n'est pas à même de se passer d'elle. L'existence de cette (qualité de gardienne) ne lui est possible qu'en ramenant l'(enfant) en territoire ennemi).

• 3759. Si l'enfant mineur est une fille, la mère a le droit d'en être la gardienne tant que la fille n'a pas atteint l'âge de puberté (**litt.** elle n'a pas eu la menstrue). Donc la mère aura le droit de la ramener (en territoire ennemi). Mais si le mineur est un garçon qui est à même de se passer de sa mère, celle-ci n'aura pas le droit de le prendre, mais le frère de l'enfant en a davantage le droit (que le mère), pourvu que le père (du mineur) soit mort.

comm. Car dans le cas d'un garçon, la tutelle (de la mère) prend fin quand le garçon mange et boit tout seul.

• 3760. De même quand la fille commence à avoir ses menstrues, la mère n'a plus droit (de tutelle sur elle, donc plus de droit non plus) de la ramener (en territoire ennemi). Mais la fille majeure a le droit de choisir: Si elle le veut, elle peut regagner (le territoire ennemi), et si elle le veut, elle peut se faire naturaliser comme Dhimmîya. En outre si la mère d'un mineur a épousé (quelqu'un d'autre que le père de cet enfant, en tant que veuve ou divorcée), elle n'a plus le droit de ramener ce mineur (avec elle en territoire ennemi).

comm. Car ce droit lui échéait parce qu'elle avait droit de tutelle (sur le mineur), Quand elle se remarie, elle n'a plus ce droit.

1793 • 3761. * Toutefois si la mère a embrassé l'Islam- ou est devenue Dhimmîya- aucun autre proche parent du mineur n'a plus le droit de le ramener en territoire ennemi, et il sera égal que cette femme ait contracté un nouveau mariage ou non.

comm. Car l'enfant devient automatiquement Musulman ou Dhimmî à la suite (à sa mère). Si la mère a épousé un autre mari, cela ne coupe pas le statut selon lequel l'enfant mineur doit la suivre (en la religion). Cela ressemble à cet autre cas rapporté par Chaibânî:

• 3762. Si tous les membres de la famille ont été fait prisonniers, puis qu'un des parents embrasse l'Islam, alors le garçon deviendra automatiquement Musulman, à sa suite, même si le parent qui a embrassé l'Islam est un esclave n'ayant aucun droit sur les affaires de l'enfant mineur.

comm. De même donc si la mère (du mineur) a épousé un autre mari, cela n'emêchera pas que le mineur la suive en Islam).

Si un groupe d'ennemis en guerre se rendent chez nous sous sauf-conduit, et que par la suite ils veulent se rendre en un autre territoire en guerre, et cela afin de combattre les Musulmans en compagnie des habitants de ce dernier pays ennemi, il ne faut pas que les Musulmans leur en donnent la possibilité.

Car, à cause du sauf-conduit (que les Musulmans leur donnent) les (Musulmans) s'imposent de ne pas les molester et de leur donner la possibilité de regagner leur pays; mais au delà de cette (immunité), les Musulmans ont la faculté d'interdire (à ces étrangers) tout ce qui peut nuire aux Musulmans.

Ne vois-tu pas ceci? Si les (ennemis) apportent des armements de leur pays, et qu'ils veulent (les) faire entrer sur le territoire d'un autre ennemi (des Musulmans) pour (les) y vendre, alors les (Musulmans) auront le droit de (les) en empêcher, même si les Musulmans ne peuvent pas les empêcher de regagner leur propre territoire (avec ces mêmes armements). Il en est de même en ce qui concerne les combattants.

comm. Car, du point de vue de la nocivité, l'outil de combat est moins grave
que le combattant. Le point (de l'argument ici) est qu'il y a certains armements qui
sont abondants dans un territoire ennemi mais qui sont rares dans le territoire d'un
autre ennemi. * Donc si on transportait (ces armements rares) d'un pays à l'autre, ils 1794
seraient abondants dans les deux, et fortifieraient les deux ennemis contre les
Musulmans. Il y a là une nocivité évidente. Ce serait le cas contraire, s'ils les
ramenaient dans leur propre territoire.

• 3763. Si ce qui entre (dans le territoire islamique) comporte un ou deux individus, on ne (les) empêchera pas de (transiter en territoire islamique pour) aller dans le pays d'un autre ennemi, pour y faire du commerce.

comm. Car par cette quantité d'individus, les habitants de ce pays (ennemis) n'augmentent pas leur puissance, pour nous combattre. Ce sera le cas contraire s'il s'agit de tout un groupe doté de puissance résistante.

• 3764. Si un touriste sous sauf-conduit embrasse l'Islam sur notre territoire, mais a laissé ses enfants mineurs sur le territoire ennemi, ceux-ci ne deviendront pas automatiquement Musulmans, vu que la protection paternelle est coupée (d'eux) à cause de la différence des territoires. A supposer que (plus tard) leur oncle paternel les amène (chez nous) sous sauf-conduit, ces enfants deviendront automatiquement Musulmans;-

comm. Car ils gagnent notre territoire en jouissance du sauf-conduit (et non comme prisonniers de guerre), et cependant ils ont un père musulman qui habite chez nous. Donc ce cas et l'autre où le père embrasse l'Islam et est accompagné par ses (enfants), les deux cas sont pareils;-

suite: Et celui qui les a amené (chez nous) n'aura pas la faculté de les ramener en territoire ennemi, une fois qu'ils seront devenus Musulmans.

comm. Car ils sont devenus ressortissants de notre territoire, et celui qui les a fait sortir (du territoire ennemi pour venir chez nous) n'a plus de tutelle sur eux.

• 3765. Mais a supposer que leur père, qui a embrassé l'Islam, meure, et que ce soit par la suite que leur oncle les fasse venir (sous sauf-conduit) pour leur faire voir le tombeau de (leur père), alors l'oncle aura la faculté de les ramener en territoire ennemi.

comm. Car si le père est mort au moment où l'(oncle) fait venir les (enfants), l'Islam n'a plus pour effet qu'il les colle à la suite de l'Islam du (père).

1795 **comm.** Si l'on disait: * "Mais ne vois-tu pas ceci? Si un des deux parents meurt sur notre territoire, puis que l'autre apostasie et transfère l'enfant sur le territoire ennemi, si par la suite on capture cet (enfant), il ne fera pas partie du butin; au contraire on le déclarera Musulman et ressortissant de notre territoire, à la suite de son père (musulman) qui est mort sur notre territoire. Pourquoi ne faut-il pas faire de même ici?" Nous dirions: Parce que dans l'autre cas cité, l'enfant mineur était considéré comme Musulman à la suite de son (père converti) avant sa mort. Cette décision subsistera après la mort du (père aussi). Au contraire, ici, l'enfant n'a pas été déclaré Musulman avant la mort de son (père), à la suite de celui-ci, (étant donné que l'enfant ne se trouvait pas sur le territoire islamique). Il n'est donc pas licite d'établir pour lui **ab initio** la qualité de converti à l'Islam, après la mort du (père) et à la suite de celui-ci, car on déclare l'existence **de jure** d'une chose quand elle peut être considérée comme une réalité, mais si on ne peut pas la considérer comme une réalité, on ne l'établit pas comme existant **de jure**.

• 3766. Si la personne qui amène avec elle quelques (mineurs en territoire islamique) n'est pas un proche parent à eux, et si, en les amenant, elle affirme qu'ils sont ses esclaves, et qu'elle les domine, puis qu'elle se fasse naturaliser comme notre sujet-dhimmî, si le père de ces enfants est en vie et réside chez nous en tant que Musulman, on obligera cet (étranger devenu Dhimmî) à les vendre (à un Musulman sur notre territoire);-

comm. Car il en est bien devenu le propriétaire pour les avoir mis en lieu sûr, mais ces (mineurs) deviennent automatiquement Musulmans, à la suite de leur père; on obligera donc ce Dhimmî à les vendre (aux Musulmans);-

• 3767. Toutefois si leur père était mort quand l'(étranger) les a amenés (chez nous), on ne l'obligera pas à les vendre.

comm. (Parce que les enfants ne sont pas devenus, dans ce cas, des (musulmans).

Il en sera de même si (au lieu de devenir Dhimmî) il se rend chez nous sous sauf-conduit. Mais dans ce cas, il pourra les ramener dans le territoire ennemi, s'il le veut.

comm. (Pourvu que le père musulman de ces enfants ne soit plus en vie). Sur la même base, si un des parents se fait naturaliser Dhimmî chez nous et que l'enfant mineur reste sur le territoire ennemi, alors celui-ci ne devient pas automatiquement un Dhimmî à la suite de son parent, de même qu'il ne deviendrait pas automatiquement Musulman à sa suite (s'il restait sur le territoire ennemi). Si plus tard, l'oncle paternel de l'enfant le fait venir pour rendre visite à son père (devenu Dhimmî), l'oncle n'a pas la faculté de le ramener en territoire ennemi si le père est en vie.

comm. * Car l'enfant devient automatiquement Dhimmî à la suite de son 1796
(père), comme s'il l'avait accompagné (lors de sa naturalisation).

Ne vois-tu pas ceci? Si cet homme était un Mage (zoroastrien) puis qu'il devienne un Scripturaire (judéo-chrétien), si par la suite son enfant a été amené (chez nous) par son oncle paternel, l'enfant deviendra automatiquement un Scripturaire. Il en est donc de même pour que l'enfant devienne automatiquement un ressortissant de notre territoire à la suite de son père.

Tel on trouve le texte dans certains manuscrits, mais dans d'autres on lit: "Si l'oncle veut le ramener sur le territoire ennemi, il en a le droit, et le père ne peut pas l'en empêcher". La raison en est que l'obligation de suivre (son parent) concerne la religion; mais dans l'obligation de résider sur un territoire, on prend en considération la tutelle sur l'enfant. Si l'enfant accompagnait son (père) quand celui-ci se faisait naturaliser comme Dhimmî, la tutelle de père subsisterait et l'enfant deviendrait automatiquement Dhimmî, à la suite de son (père). Au contraire, si l'enfant est resté sur le territoire ennemi au moment où le (père) s'est fait naturaliser comme Dhimmî, il devient comme un étranger pour (le père), quant à la tutelle. Les choses étant ainsi, l'enfant ne devient plus automatiquement Dhimmî à la suite de son (père), car celui-ci n'a plus de tutelle sur lui.

Ne vois-tu pas ceci? Si la mère embrasse l'Islam (et se rend sur le territoire musulman), et si ensuite arrive le père avec l'enfant, pour la rejoindre, l'enfant deviendra automatiquement Musulman, à la suite de la (mère), et le (père, qui ne se fait pas naturaliser et n'embrasse pas l'Islam) n'aura plus le droit de ramener l'enfant sur le territoire ennemi. Au contraire si la mère se fait naturaliser comme dhimmîya, puis que le père amène l'enfant sous sauf-conduit, le (père) aura la faculté de le ramener sur le territoire ennemi. Le point décisif en cela est ce que nous venons d'évoquer, à savoir qu'on prend en considération la tutelle pour l'obligation au domicile dans un territoire, mais non pour la religion. (La phrase semble être mal tournée. Plus haut Chaibânî disait: "L'obligation de suivre son parent concerne la religion, mais dans l'obligation de résider en un lieu, on cherche de savoir qui a la tutelle sur le mineur".)

• 3768. (Chaibânî) poursuit: Si les deux parents arrivent chez nous pour devenir Dhimmîs, puis que l'oncle amène (leur) enfant pour visiter les parents, l'oncle aura la faculté de le ramener sur le territoire ennemi.

comm. La raison en est celle que nous avons évoquée, à savoir que, dans ce cas, les parents n'ont plus de tutelle sur leur (enfant abandonné sur le territoire ennemi) au moment qu'ils sont devenus Dhimmîs, et pour eux cet enfant est comme n'importe quel étranger.

suite: Il en sera de même si l'enfant est assez grand pour pouvoir s'exprimer:
S'il arrive chez nous sous sauf-conduit pour visiter ses parents dhimmîs, il aura la
faculté de regagner le territoire ennemi. Ce sera le contraire si les deux parents sont
devenus Musulmans- * ou même s'il n'y en est qu'un- car l'enfant deviendra alors 1797

automatiquement Musulman, à la suite de celui de ses deux parents qui est devenu Musulman.

comm. Car, en ce qui concerne l'obligation de suivre (son parent) dans la conversion à l'Islam, celui des mineurs qui est capable de s'exprimer est comme celui qui n'en est pas capable. Cet (avis de Chaibânî) montre l'erreur de ceux de nos confréres (juristes hanafites) qui affirment qu'une perosnne mineure, qui est capable de s'exprimer, ne devient pas automatiquement Musulman pour suivre ses parents (convertis), étant donné que (Chaibânî) dit en toute précision ici qu'un tel (mineur) deviendra automatiquement Musulman, et qu'on l'empêchera de regagner te territoire ennemi.

• 3769. A supposer que cet adolescent (**ghulâm**) ne soit venu (chez nous) sous sauf-conduit que pour rejoindre ses parents devenus Dhimmîs, alors lui aussi deviendra automatiquement Dhimmî.

comm. Car dans sa demande (de sauf-conduit) il y a un indice qui témoigne de son consentement à devenir comme sont ses parents; or ils sont des Dhimmîs. Donc cette demande de sauf-conduit (pour rejoindre les parents) et l'autre pour se faire naturaliser comme Dhimmî sont pareilles. Mais il en sera ainsi si le (jeune homme) connait la situation de ses (parents). A supposer qu'il ne soit pas au courant du fait qu'ils sont devenus Dhimmîs, il ne deviendra pas automatiquement Dhimmî (s'il demande le sauf-conduit pour "rejoindre les parents"). Car s'il n'est pas au courant du fait qu'ils se sont fait naturaliser comme Dhimmîs, il n'y a pas d'indice de son consentement (à devenir lui aussi un Dhimmî).

• 3770. (Chaibânî) poursuit: Si un ennemi embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, et qu'il ait des enfants mineurs, ceux-ci deviendront automatiquement Musulmans à cause de son islamisation. Si par la suite il se rend chez nous, les laissant (sur le territoire ennemi), ils resteront Musulmans comme ils le sont.

comm. Car ce qui est déjà chose établie continuera ainsi tant qu'il n'y aura pas d'indice qu'elle se soit évanouie. C'est ainsi parce que, pour continuer, il n'y a pas besoin d'un indice qui fasse continuer. Tandis que, pour qu'une chose s'établisse ab **initio**, il faut un indice qui l'établisse.

• 3771. A supposer que l'homme en question n'embrasse pas l'Islam, mais qu'il envoie un message au chef de l'Etat musulman pour lui dire: "Je suis devenu votre sujet-Dhimmî, mais je réside dans le territoire ennemi", et qu'il envoie aussi chaque
1798 année sa capitation, alors cette (naturalisation) sera valide, * et son enfant sera automatiquement Dhimmî, comm lui, car sa tutelle subsiste sur lui, du moment que l'homme est devenu Dhimmî. A supposer que cet homme se rende sur le territoire islamique, en laissant ses enfants (sur le territoire ennemi), si par la suite un touriste sous sauf-conduit obtient un sauf-conduit pour ces enfants et qu'il les amène (chez nous) en les dominant (comme ses esclaves) -ou même sans les dominer- ce touriste n'aura rien à faire contre ces (enfants), mais leur père aura plus de droit sur eux.

comm. La raison en est celle que nous avons déjà évoquée, à savoir que, pour qu'une chose continue, elle n'a pas besoin d'un indice qui la fasse continuer. Puisque l'enfant était un Dhimmî, il ne sortira pas de ce statut si ce n'est par une violation du pacte de naturalisation. Or il n'y en a pas eu. On sait qu'on ne devient pas propriétaire d'un Dhimmî rien qu'en le capturant par l'exercice de la force. Voilà pourquoi dans les deux cas, c'est le père qui a plus de droit à son enfant.

• 3772. A supposer que le père après avoir embrassé l'Islam chez nous, rentre sur le territoire ennemi et y reste avec ses enfants mineurs, jusqu'à ce que les Musulmans dominent ce territoire-là, tous seront considérés comme des Musulmans, et rien à faire contre eux. Il en sera de même si cet étranger se fait naturaliser comme Dhimmî, puis regagne le territoire ennemi (le reste des circonstances étant le même).

comm. Car dès qu'il se trouve chez eux, sur le territoire ennemi, il devient comme s'il avait été avec eux au moment de sa conversion à l'Islam-ou, respectivement, de sa naturalisation comme Dhimmî- car le fait que se perpétue ce qui se perpétue est comme le fait de ce qui se fait **ab initio**.

• 3773. (Chaibânî) poursuit: Si les Musulmans concluent la trêve avec les habitants du territoire (d'origine de cet étranger, naturalisé en Dhimmî), puis que cet homme y rentre pour reprendre ses enfants, si les (ennems) l'en empêchent, les enfants n'auront pas la protection et ne deviendront pas Dhimmîs, dans ce cas-ci.

comm. Car en regagnant (le territoire ennemi), cet homme n'a pas pu établir sa tutelle sur ses (enfants), étant donné que ceux qui ont conclu un traité de trêve ne se sont pas mis sous la juridiction islamique. Puisque * ces (ennemis) ont empêché cet 1799
homme de reprendre ses enfants, qu'il soit entré (dans le territoire ennemi), c'est comme s'il n'y était pas entré. Mais ce serait le contraire s'ils ne l'en avaient pas empêché. C'est ainsi parce que le territoire ennemi n'est pas un territoire de statuts légaux (=où l'on applique les lois régulièrement). Donc ce qu'on prendra en considération c'est que cet homme reprenne ses (enfants) de façon tangible (**hissan**) et non simplement **de jure**), et cela aura lieu si les (ennemis) ne l'en empêchent pas et n'aura pas lieu s'ils l'en empêchent. Et tout pouvoir provient de Dieu.

1800

* Chapitre (172)

DU COMPORTEMENT QUE DOIT AVOIR, VIS-À-VIS DES ENNEMIS ET SUR LEUR TERRITOIRE, UN MUSULMAN QUI EST ALLÉ CHEZ EUX SOUS SAUF-CONDUIT

• 3774. Si un (Musulmans) jouissant d'un sauf-conduit achète sur le territoire ennemi, à un ennemi, un esclave pour un prix connu, puis que la possession réciproque (du prix et de la marchandise) ait lieu, si par la suite tous les (ennemis) embrassent l'Islam, -ou, respectivement, se font naturaliser comme Dhimmîs,- et que l'acheteur trouve ensuite quelque défaut dans l'esclave, le juge musulman n'écoutera

pas le litige à ce propos, ni pour faire rendre (la marchandise défectueuse), ni pour faire récupérer la perte en proportion du défaut, au cas où il serait devenu impossible de rendre (la marchandise elle-même). Il est ici égal que l'acheteur soit un Musulman ou un ennemi en guerre;-

comm. Car il s'agit là d'une trahison (tromperie) et d'une dissimulation, (de la part du vendeur), et cela a eu lieu sur le territoire ennemi. Or la conversion à l'Islam efface (**litt.** coupe) ce qui l'a précédée;-

• 3775. Toutefois si c'est le Musulman qui a vendu (la marchandise), on lui recommandera (**yuftâ**), comme quelque chose entre lui et Dieu, de donner satisfaction à la partie adverse. Mais si c'est l'(ex-) ennemi en guerre qui a vendu, rien ne lui incombe, (maintenant qu'il est devenu ressortissant du territoire islamique). Cela ressemble à un autre cas que voici. Si un de ces deux hommes s'empare des biens de son camarade, sans son consentement, et les détruit- ou même, sans les détruire (s'il les usurpe), ou encore si l'un d'eux place son argent en dépôt chez l'autre et que ce dernier le dépense- si son agissement est délibérément criminel, on lui fera recommandation (**yuftâ**) de donner satisfaction à la partie adverse, mais on ne l'obligera pas à le faire par décision judiciaire.

comm. Car cet homme a trahi le sauf-conduit que lui -même avait donné (sans que le gouvernement musulman y soit pour rien).

• 3776. Mais si le crime provient de l'ennemi en guerre, rien ne lui incombe, (maintenant qu'il est converti).

comm. Car cet (ex-ennemi) ne se trouvait pas sous la juridiction islamique au moment où il a commis ce crime (**litt.** la cause de ce crime).

Sur la même base, si ces deux hommes font un troc pour échanger un esclave contre une jeune esclave, et qu'ils en obtiennent possession mutuelle, si par la suite l'un des deux esclaves établit la preuve qu'il est homme de statut libre et de religion islamique, et cela, après que l'ennemi en guerre a embrassé l'Islam, -ou si un Musulman produit la preuve que cet esclave est à lui et qu'il est son **mudabbar** (libérable automatiquement à la mort du maître), ou son **mukâtab** (libérable contre paiment de sa valeur)- l'autre partie ne sera pas obligée de rendre la marchandise (ici, la jeune esclave) dont elle a pris livraison. A supposer que cette autre partie soit un Musulman, en principe on lui recommandera (**yuftâ**) de rendre la (chose prise). Mais ci cette partie est un ennemi en guerre, il ne lui incombe pas de la rendre. A supposer qu'il s'agisse du Musulman et qu'après qu'on lui a recommandé (**uftiya**) de rendre la (marchandise), il ne le fasse pas mais qu'au contraire il veuille la revendre, alors on désapprouvera que (d'autres) Musulmans la lui achètent.

Car il s'agit d'une sale propriété, à l'instar de celui qui achète quelque chose par un achat vicieux: s'il veut revendre cet objet après en avoir reçu livraison, on désapprouvera que (d'autres Musulmans) le lui achètent, même s'il est vrai qu'il aura sur cet objet (mal acquis) un titre de propriété, et les dispositions de vente et d'émancipation qu'il prendra à son sujet seront exécutoires. La raison (de cette

désapprobation morale) est qu'il y a obtenu le titre de propriété par une cause qui est prohibée (**harâm**) par la loi Islamique.

• 3777. A supposer que la personne qui a agi ainsi avec les (ennemis en guerre) soit un Musulman qui se trouvait chez eux en tant que prisonnier de guerre- ou qu'il s'agisse d'un ennemi converti à l'Islam- et que le reste des cirocnstances soit le même, on ne lui fera même pas recommandation de rendre (la marchandise mal acquise, encore moins l'y contraindra).

comm. Car il n'y avait, entre ce (Musulman) et ces (ennemis), ni protection particulière ni protection générale, pour que ce fût considéré comme une trahison de sa part.

• 3778. A supposer que la vente ait lieu entre un touriste qui est allé chez eux sous sauf-conduit et un ennemi en guerre, et qu'on ait mis pour condition, en faveur d'une des deux parties contractantes, qu'elle aurait le droit de choix (d'exécuter ou
annuler le contrat) * pendant trois jours, si ensuite cet ennemi embrasse l'Islam 1801
avant l'expiration du délai du choix, alors celui qui avait le choix aura la faculté de rompre la vente et de rendre ce qu'il a obtenu, en reprenant ce qu'il a donné.

comm. Car leur situation d'après la conversion à l'Islam est comme leur situation d'avant la conversion. Donc celui qui a le choix pourra seul rompre le contrat, de même qui lui seul pourra laisser le contrat s'exécuter, sans qu'il ait besoin de la décision du tribunal ou du consentement (de l'autre partie). Donc, comme on déclare que la décision qu'il prend, après son islamisation, de laisser (le contrat) s'exécuter, (1) équivaut à la décision qu'il a prise avant son islamisation de laisser (le contrat) s'exécuter, (2) il en sera de même de sa décision de rompre (le contrat).

suite: Il en sera de même si l'acheteur s'est réservé de choisir jusqu'à ce qu'il voie la marchandise achetée.

comm. Ici aussi c'est seulement lui qui a le choix de rompre le contrat sur la base du choix qu'il s'est réservé, et cela sans le consentement (de l'autre partie) et sans la décision du tribunal.

• 3779. De même s'il trouve quelque défaut dans la marchandise avant d'en recevoir livraison. Car avant la livraison de la marchandise, c'est seulement l'acheteur qui a la faculté de rendre la marchandise, pour cause d'un défaut, sans même la décision du tribunal ou le consentement (de l'autre partie), étant donné que le contrat ne s'est pas encore accompli. En outre, (lors de la livraison mutuelle), si la vente est rompue, la propriété d'une partie restera en la main de l'autre, car il la lui a livré de bon gré; il aura donc la faculté de la lui reprendre, comme s'il la lui avait confiée en dépôt, puis que l'ennemi (qui est l'autre partie du contrat) eût embrassé l'Islam et que le dépôt fût resté tel quel. C'était le contraire dans le cas précédent, car rendre une marchandise après en avoir reçu livraison, et cela pour cause d'un défaut, ne peut avoir lieu qu'avec le consentement (de l'autre partie) ou par la décision du

(1-2). Nous lisons اجازته au lieu de اجارته de l'éd.

tribunal, eu égard au fait que le contrat a été accompli dès qu'on a obtenu possession (de la marchandise). Ici dans le cas en discussion, le juge musulman ne décide rien entre ces deux parties (le touriste musulman et l'ennemi en guerre), étant donné que le tort commis (dans la vente) est comme si l'une des deux parties avait détruit les biens de l'autre, et cela avant que l'ennemi en guerre eût embrassé l'Islam (=fût devenu sujet de l'Etat musulman).

• 3780. A supposer que (dans le cas en discussion), l'ennemi en guerre n'embrasse pas l'Islam, mais qu'il se rende chez nous sous sauf conduit et qu'ensuite ce qui s'est passé entre les deux hommes soit porté (devant le juge musulman), alors le juge ne décidera rien entre ces litigants, ni rupture de la vente ni quoi que ce soit d'autre.

comm. Car cette affaire a eu lieu entre ces deux hommes sur le territoire ennemi, et l'ennemi, quand il se rend chez nous sous sauf- conduit, ne s'impose point de suivre la loi islamique (mais il reste un étranger, au contraire d'un Dhimmî). Dans un tel cas, le juge musulman n'écoute pas sa plainte (pour une affaire qui a eu lieu sur le territoire ennemi).

suite: Ce sera le contraire s'il embrasse l'Islam ou se fait naturaliser comme Dhimmî.

comm. Car alors il s'impose de façon absoule la loi islamique pour ses affaires contractuelles (**mu'âmalât**).

• 3781. A supposer que cette affaire ait eu lieu entre deux ennemis en guerre, puis que les deux se rendent chez nous sous sauf-conduit et que l'un d'eux porte plainte contre l'autre devant le juge musulman, le juge n'écoutera pas sa plainte; au contraire du cas où les deux avaient embrassé l'Islam ou s'étaient fait naturaliser comme Dhimmîs. Cela ressemble au cas où l'un de ces deux (étrangers) aurait prêté à son camarade quelque somme ou une bête, puis que les deux se fussent rendus
1802 chez nous sous sauf-conduit: le juge musulman * n'écouterait pas leur litige, sauf si les ceux avaient embrassé l'Islam ou s'étaient fait naturaliser comme Dhimmîs. Sauf que, dans aucun de ces cas, le juge musulman n'écoutera le litige si la chose a été détruite après la conversion (de la partie contractante) à l'Islam.

Si cette affaire a eu lieu entre deux ennemis en guerre, on ne recommandera pas (après l'occupation islamique de leur pays) à celui des deux qui s'est montré traître de chercher à donner satisfaction à son adversaire. Mais si l'affaire a eu lieu entre un Musulman et un ennemi en guerre (sur le territoire ennemi et que le Musulman soit le coupable), on recommandera à ce Musulman, comme quelque chose entre lui et son Seigneur (c.-à-d. à titre de piété) de chercher à satisfaire son adversaire, sans que le tribunal le contraigne par une décision judiciaire.

comm. Car ce (Musulman) a trahi la protection qu'il a lui-même donnée (aux habitants du territoire ennemi).

• 3782. (Chaibânî) poursuit: Si deux Musulmans se trouvent sous sauf-conduit
3 sur le territoire ennemi * et si l'un d'eux entame quelque affaire contractuelle avec

son camarade, ce sera exactement comme si l'affaire avait eu lieu sur le territoire islamique.

comm. Car le Musulman est tenu par la loi islamique, où qu'il se trouve. Et les biens de chacun d'eux sont des biens protégés et qui, pour son camarade, ont une valeur, eu égard au fait que, **de jure,** ils restent toujours en lieu sûr, même si on entre chez les (ennemis) sous sauf-conduit. Voilà pourquoi la condition de ces deux (Musulmans) sur le territoire ennemi sera comme elle était sur le territoire islamique. Il en sera ainsi dans tous les cas sauf dans les trois cas suivants: 1° Si l'un d'eux tue l'autre délibérément, il n'y a pas le talion contre le meurtrier (lorsqu'il revient sur le territoire islamique). Car leur séjour sur un territoire de licéité (par opposition à celui de sécurité), un certain doute subsiste, (et dans le doute, la peine extrême tombe). En outre, le (représentant de la victime) a normalement la possibilité de demander, sur la base de sa force personnelle, l'application du talion. Or ici, le meurtrier ne se trouve pas en la main du chef de l'Etat musulman, pour que celui-ci aide l'autre à obtenir l'application du talion. Donc le talion ne s'impose pas, mais le prix du sang incombe aux biens du (meurtrier). II° en est de même s'il tue l'autre par erreur, car les dommages qui incombent à la compagnie d'assurances (à propos du meurtre) ont lieu en tant que les (Musulmans) se portent secours les uns aux autres. Or il n'y a pas secours mutuel entre celui qui se trouve sur le territoire ennemi et celui qui se trouve sur le territoire islamique. Voilà pourquoi il n'y a pas de dommages à payer par la compagnie d'assurances (du meurtrier musulman). III°. Il en est de même si l'un de ces deux hommes commet une chose qui exigerait (normalement) une peine définie (**hadd**): une telle peine ne s'impose pas. Mais à l'exception de ces trois cas, la condition du touriste qui est allé sous sauf-conduit sur le territoire ennemi est comme sa condition sur le territoire islamique. S'il s'agissait de deux (Musulmans) qui sont prisonniers de guerre (sur le territoire ennemi), la réponse serait la même, selon l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî, mais selon Abû Hanîfa le prix du sang, dans ce cas, ne serait pas imposé au meurtrier. En effet selon lui, ces deux prisonniers de guerre sont exactement comme deux ennemis qui embrasseraient l'Islam sur le territoire ennemi et dont l'un tuerait l'autre avant de se rendre sur le territoire islamique. Et * nous avons déjà mentionné cette question dans le chapitre **kitâb ad-diyât** du commentaire d'**al-Mukhtasar** (**Mabsût,** XXVI, 133-4)

• 3784. * Sur la même base, si l'un d'eux détruit les biens de son camarade, il 1804
faut distinguer: s'il s'agit de deux ennemis qui embrassent l'Islam sur le territoire ennemi, tous les maîtres-juristes sont d'accord qu'aucun dommage ne sera imposé au destructeur, bien que celui-ci soit considéré comme un pécheur, en cet acte destructeur. Et s'il s'agit de deux touristes qui sont allés sous sauf-conduit, tous sont d'accord que le destructeur est redevable des dommages. Et, enfin, s'il s'agit de deux prisonniers de guerre, il y a divergence qu'on vient de mentionner.

comm. Il en est ainsi parce que les dommages ne sont imposés que quand il y a eu mise en sécurité et existence d'une valeur appréciable (dans la chose détruite),

et cela peut avoir lieu au moyen du territoire mais non au moyen de la religion; car la protection pour cause de religion s'établit vis-à-vis de celui qui croit en cette religion, et non vis-à-vis de celui qui n'y croit pas. Au contraire, la mise en sécurité **de sensu (hissan**, tangible) est chose parfaite aussi bien pour celui qui croit en une religion que pour celui qui n'y crait pas. Or ceci ne peut avoir lieu qu'au moyen du territoire. Voilà pourquoi le statut légal est ce que nous venons de décrire.

• 3785. (Chaibânî) continue: Si l'un des deux usurpe les biens de son camarade, mais ne les détruit pas, puis que tous deux se rendent chez nous, alors le juge musulman décidera, contre l'usurpateur, qu'il rende la chose usurpée. Il est égal qu'il s'agisse ici de deux touristes musulmans qui sont allés sous sauf-conduit, ou de deux prisonniers de guerre, ou même de deux ennemis qui embrassent l'Islam sur le territoire ennemi.

comm. Car le propirétaire des biens (usurpés) a retrouvé ces biens tels quels en la main de celui qui les (lui) avait arrachés. Or, à ce propos, le Prophète a dit: "Quiconque retrouve ses biens tels quels, a sur eux le droit le plus fort". En outre, celui qui a usurpé les biens de son camarade n'a fait cela que par l'exercice de la force; or les biens d'un Musulman ne sont pas susceptibles de devenir butin pour un autre Musulman. En effet cela ressemble au cas des Loyalistes et de rebelles qui se combattent: si l'un d'eux arrache les biens de l'autre (=qu'il s'agisse d'un loyaliste ou d'un rebelle), on l'obligera à rendre (ces biens) après que la guerre aura déposé ses charges, pourvu que les biens existent tels quels. Au contraire s'il a détruit ces biens, le destructeur ne sera pas redevable de dédommagement, à cause du point juridique que nous avons mentionné. Il en sera donc de même ici.

• 3786. Mais ce sera le contraire si c'est un touriste jouissant du sauf-conduit qui usurpe les biens d'un ennemi en guerre: Si par la suite cet ennemi embrasse
1805 l'Islam et retrouve ses biens tels quels en la main de ce Musulman (usurpateur), *
alors le juge musulman n'obligera pas ce dernier, par décret judiciaire, à rendre (ces biens à sa victime, mais il lui en fera recommandation comme de quelque chose entre lui et Dieu, et il lui dira: Crains Dieu et rends ce que tu as usurpé.

comm. Car les biens d'un ennemi en guerre, dans ce cas, sont susceptibles d'être appropriés par un musulman s'il emploi la force, bien que ce Musulman ait le devoir d'éviter la trahison à l'égard de protection donnée qui existe entre lui et les (ennemis en guerre lors d'un sauf-conduit). Mais (si ce Musulman le néglige), il ne trahit que la protection donnée par lui-même; voilà pourquoi le (juge musulman) lui recommandera de rendre les biens (à titre de piété), et ne le contraindra pas par un décret judiciaire.

• 3787. A supposer qu'un ennemi en guerre embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, puis qu'il vende un esclave à un Musulman qui est allé là-bas sous sauf-conduit- ou s'il lui achète un esclave- pour un prix déterminé, puis que tous deux reçoivent possession mutuelle (l'un du prix et l'autre de la marchandise), si par la suite tous deux se rendent sur le territoire islamique et que là l'acheteur trouve un défaut (dans la marchandise), ou si l'esclave lui est enlevé judiciairement parce qu'il

s'agissait en vérité d'un homme de statut libre, (1) soit pour quelque autre cause, alors le juge musulman décidera, contre le vendeur, que celui-ci rende le prix, si ce prix existe tel quel en sa main; mais si le vendeur a déjà détruit (consommé) le prix, il ne lui incombera légalement aucun dédommagement (mais seulement en piété). Il en sera de même si deux personnes font le troc (2) de quelques biens contre quelques autres biens: si un tierce personne enlève par voie judiciaire les biens de ce troc à l'un des deux hommes, et si les biens livrés par lui existent tels quels, alors le juge musulman décrétera qu'il les rende à l'autre (à la victime de cet enlèvement en faveur de tierce personne), mais s'il les a déjà détruits (par consommation etc.), il ne lui incombe aucun dédommagement;-

comm. Car il s'agit d'un tort qui a eu lieu entre ces deux parties contractantes alors qu'elles se trouvaient sur le territoire ennemi, bien qu'il s'agisse alors de deux Musulmans;-

• 3788. Toutefois celui qui a embrassé l'Islam sur le territoire ennemi n'obtient l'immunité pour ses biens qu'en ce sens que ce serait péché de (les détruire), et non jusqu'à entraîner un décret judiciaire. Voilà pourquoi nous disons que, si les biens existent tels quels, le juge décrétera qu'on les rende; * mais si les biens ont déjà été 1806
consommés, il ne décrétera rien, comme s'il s'agissait de deux (non-) Musulmans qui auraient fait entre eux un contrat de vente après leur conversion à l'Islam mais avant de se rendre sur le territoire islamique.

comm. Il en est ainsi parce que si ce statut légal s'établit vis-à-vis de celle des deux parties contractantes qui a embrassé l'Islam, il s'établira également vis-à-vis de l'autre partie, eu égard au fait que selon la Loi il faut égalité entre les deux litigants.

• 3789. (Chaibânî) dit: Si un Musulman qui est allé chez les (ennemis) sous sauf-conduit leur achète un esclave "contre sa valeur" (dans le marché, sans dire le prix mutuellement convenu), alors cette vente sera vicieuse, étant donné que le prix est inconnu. Cette affaire sera traitée de la même façon que si elle avait eu lieu sur le territoire islamique.

comm. Il en est ainsi parce que le touriste jouissant du sauf-conduit chez les (ennemis) a la faculté d'obtenir les biens des (ennemis), de leur bon gré. -Et sur ce principe se fonde Abû Hanîfa pour légaliser le contrat à intérêt (ribâ) passé entre un tel Musulman et un ennemi en guerre (sur le territoire ennemi)- mais pour le reste des affaires, pour un Musulman, il est égal que l'affaire ait lieu sur le territoire ennemi ou sur le territoire islamique, étant donné que le Musulman est tenu par la loi islamique, où qu'il se trouve.

• 3790. Si cet acheteur-là a pris livraison de l'esclave et en a payé la valeur (à titre de prix), puis que la partie contractante ennemie se rende sur le territoire

(1) A lire ainsi: بحرية d'après 'Aintâbî, l'éd. portant: بحزية

(2) A lire كانا تبايعا selon le MS de Beyrout, l'éd. portant: كان تبايعا

islamique soit comme Musulman soit comme naturalisé en Dhimmî, et, si, alors, l'une des deux parties veut rompre la vente, le juge musulman n'écoutera pas le litige à ce propos.

comm. Car les deux parties contractantes ont reçu livraison (de ce que droit) par consentement mutuel, pour en devenir le propriétaire attitré ou pour en donner la propriété attitrée; donc l'appropriation est achevée, quant à la vente, pour chacune des deux parties; à titre de don mutuel (**ta'âtî**), même si la vente en son essence est vicieuse.

• 3791. Si la partie acheteuse a obtenu possession de l'esclave mais qu'elle n'ait pas encore payé la valeur (à titre de prix) quand l'ennemi en guerre embrasse l'Islam, alors le juge musulman décrétera de rendre l'esclave au vendeur.

comm. * Car l'obtention de la possession n'achève pas l'affaire: l'acheteur a pris l'esclave à condition d'en payer le prix à son camarade (le vendeur), mais il en est incapable, car étant convenu de payer la "valeur", l'équivalent en est terriblement inconnu. Voilà pourquoi il faut que l'(acheteur) rende au (vendeur) ce qu'il a obtenu de lui.

• 3792. (Dans le même cas) si l'ennemi en guerre (n'embrasse pas l'Islam mais) se rend chez nous sous sauf-conduit, le juge musulman n'écoutera pas le litige à ce propos.

comm. Car l'affaire a essentiellement eu lieu sur le territoire ennemi, et un ennemi venu sous sauf-conduit ne s'impose point la loi islamique.

• 3793. Au contraire du cas où cet (ennemi embrassait l'Islam, ou se faisait naturaliser en Dhimmî. Sur le même (principe), si ces deux hommes font le troc d'un esclave contre quelques litres d'alcool et que tous deux obtiennent possession des (deux marchandises), si par la suite l'ennemi en guerre embrasse l'Islam, alors le juge musulman ne rompra point leur troc.

comm. Car l'affaire est achevée dès que chacun a obtenu possession (de la marchandise), et l'acheteur a acquis complètement le titre de propriété sur l'esclave en en recevant possession.

• 3794. A supposer que l'acheteur obtienne possession de l'esclave mais n'ait pas encore livré l'alcool à son camarade quand celui-ci embrasse l'Islam, alors le juge musulman rompra la vente et rendra l'esclave au vendeur. (Rappelons que l'alcool est interdit en Islam, dépourvu de toute valeur légale).

Car l'affaire est encore en cours, et l'acheteur (musulman) est dans l'incapacité de payer à l'ennemi en guerre le prix (ici, l'alcool) après que ce dernier a embrassé l'Islam. Le contrat de location (**ijâra**) suit l'analogie de la vente, à ce propos. Ainsi,

(1) Littéralement: "l'un de ces deux hommes engage l'autre", mais le contexte exige ce que nous avons précisé.

(2) Ainsi مجهول dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: معلوم

à supposer que l'ennemi en guerre engage le touriste musulman (1) en location pour 1807
un mois, pour un travail déterminé, * contre un salaire indéterminé (2) -ou contre de l'alcool,- si le salarié (touriste) fait le travail convenu et que l'ennemi en guerre (qui est l'employeur) embrasse l'Islam avant d'avoir payé le salaire, alors l'employeur doit payer le salaire qui convient à ce genre de travail, pour le travail fait, (et non le loyer convenu qui est, ici ou bien inconnu, ou l'alcool). Mais si le salaire a déjà été reçu, l'employeur (devenu Musulman) n'a pas d'autre responsabilité de paimenet (même s'il a payé en alcool, ou un salaire déterminé après coup mais accepté par le salarié). Ceci, pour le même point juridique, (à savoir que l'affaire est close).

A Supuposer que (1) la chose achetée se détruise en la main de l'acheteur- ou même si celui-ci la détruit délibérément, - puis que l'ennemi en guerre embrasse l'Islam avant d'avoir obtenu possession du prix, alors il incombe à l'acheteur de verser au vendeur la valeur de la marchandise.

comm. Car il l'avait prise à condition d'en payer le prix au (vendeur), et il ne l'avait point prise à titre d'usurpation ou trahison- (autre leçon: tort)- donc l'acheteur est redevable de dédommager de la valeur (de la marchandise détruite) s'il est dans l'incapactié de rendre la marchandise elle-même.

Au contraire, s'il a acheté l'(esclave) contre le cadavre d'une bête ou contre une certaine quantité de sang, et qu'il en obtienne possession mais n'ait pas encore livré le (prix) stipulé quand l'ennemi en guerre ambrasse l'Islam, alors on laissera la marchandise à celui qui en a obtenu possession,

suite: Et il ne lui faudra rien rendre: ni le prix convenu (ici, la bête morte ou telle quantité de sang) ni même sa valeur.

comm. Car ici il ne s'agit pas de vente, étant donné qu'une vente exige que les deux choses échangées aient de la valeur légale. Or le cadavre de la bête morte n'a pas même un semblant de valeur. Ce sera comme si un de ces deux négociants avait obtenu de son camarade une propriété sans contre partie. Donc pour ce cas et celui d'un don, le statut légal est le même.

• 3795. A supposer que le troc ait eu lieu entre le touriste musulman qui est allé chez les (ennemis) sous sauf-conduit et un ennemi en guerre qui a déjà embrassé l'Islam, et que le reste des circonstances soit le même, alors le juge musulman rompra (à leur arrivée sur le territoire islamique) toutes les ventes vicieuses qui auront eu lieu entre ces deux négociants, et on les traitera comme deux touristes musulmans qui seraient allés (chez les ennemis) sous sauf-conduit.

comm. C'est l'opinion de Chaibânî. Quant à Abû Hanîfa, il distingue et dit: S'il s'agit d'une affaire où le dédommagement de la valeur s'impose, alors le contrat en discussion sera comme s'il avait eu lieu entre un Musulman et un ennemi en guerre. Par exemple, si un contrat à intérêt a lieu entre ces deux parties contractantes, ce

(1) L'auteur semble revenir au cas précédent du troc de l'esclave contre l'alcool.

sera, selon Abû Hanîfa, comme s'il avait eu lieu entre un Musulman et un ennemi en guerre (malgré le fait que l'ennemi en guerre a déjà embrassé l'Islam).

1808 • 3796. * Et si ce même contrat a lieu entre deux ennemis en guerre qui, par la suite embrassent l'Islam- ou se font naturaliser comme Dhimmîs- le statut légal en sera comme si l'affaire avait eu lieu entre un Musulman et un ennemi en guerre.

comm. Car au moment du contrat, aucun d'eux ne s'était imposé la loi islamique.

• 3797. (Chaibânî) poursuit: Si une armée de mécréants (ennemis) entre sur le territoire islamique, puis que quelque Musulman se rende chez elle sous sauf-conduit pour y faire cette même affaire, ce cas et cet autre où le Musulman se trouverait sous sauf-conduit sur le territoire ennemi, lors de la conclusion de ce contrat, seront pareils.

comm. Car si l'armée (ennemie) est dotée de puissance résistante, la juridiction islamique ne s'applique plus (sur le territoire islamique occupée par elle), comme elle ne s'applique pas sur le territoire ennemi. donc sur la base de ces réponses quant au statut légal, il faut distinguer: Si c'est la juridiction des mécréants qui s'exerce sur le lieu où l'affaire en question a eu lieu, le statut légal sera comme nous venons de mentionner; mais si c'est la juridiction islamique qui s'y exerce, alors on n'y autorisera, comme affaire, que celle qui serait autorisée sur le territoire islamique.

Ne vois-tu pas que si une armée musulmane entre sur le territoire ennemi, puis que l'affaire en question ait lieu dans son campement, le statut légal de cette affaire sera exactement le même que si elle avait eu lieu sur le territoire islamique?

Ne vois-tu pas encore ceci? Si un (Musulman) en tue un autre délibérément dans le campement (musulman) sur le territoire ennemi) le talion s'imposera, comme
1809 * s'il l'avait tué sur le territoire islamique. Nous apprenons ainsi qu'on doit prendre en considération quelle Juridiction s'exerce en ce lieu. Si c'est manifeste au sujet du meurtre, il en sera de même quant aux affaires commerciales. Et tout pouvoir provient de Dieu.

1810 *** Chapitre (173)**

QUELLES SONT DES PERSONNES QU'IL INCOMBE AUX MUSULMANS DE SECOURIR, ET QUELS SONT DES OBJETS QUI NE PEUVENT PAS FAIRE PARTIE DU BUTIN, QU'ON LES AIT PRIS SUR NOTRE TERRITOIRE OU AILLEURS.

• 3798. Si un groupe d'ennemis en guerre, non dotés de puissance résistante, se rendent chez nous sous sauf-conduit, et si une autre peuplade ennemie fait incursion sur le territoire islamique, pour capturer ces gens-là qui jouissent du sauf-conduit et pour les mettre en sécurité sur son territoire en les réduisant en esclavage, et

qu'ensuite les Musulmans remportent la victoire sur cette peuplade, il incombe aux Musulmans de libérer ces gens-là qui jouissaient du sauf-conduit (et capturés par ceux qu'on vient de vaincre).

comm. Car on les a capturés sur le territoire islamique alors qu'ils se trouvaient sous la juridiction islamique au moment de la capture. On sait qu'une telle capture n'annule pas leur qualité d'hommes libres.

• 3799. En outre, nous avons déjà mentionné que les étrangers venus chez nous sous sauf-conduit et non dotés de puissance résistante, sont dans la même cnodition que les Dhimmîs, en ce qui concerne l'obligation faite au commandant des Musulmans de leur porter secours et d'écarter d'eux l'oppression.

comm. Car ils se trouvent sous sa juridiction et protection (**walâya**).

Ne vois-tu pas ceci? Il incombe au chef de l'Etat musulman et aux Musulmans de poursuivre ces (agresseurs) pour libérer de leurs mains ces (étrangers venus sous sauf-conduit) qu'ils ont capturés, tant que ces (agresseurs) n'auront pas regagné leurs fortins et leurs villes, et cela (lui) incombe au même degré que si l'on avait capturé des Musulmans ou des Dhimmîs. Cela montre aussi pourquoi il faut laisser partir librement ces (victimes (étrangères de l'agression) quand nous les retrouvons. Vois-tu? serait-il possible que d'un côté, il soit obligatoire aux Musulmans de leur porter secours et, de l'autre côte) de faire d'eux un butin (quand les Musulmans les récupèrent)? Il n'est pas permis d'avoir un tel avis.

suite: * Il en sera de même si ces étrangers (victimes de la razzia des 1811
agresseurs) sont des ressortissants d'un pays en traité de trêve (avec les Musulmans) et qu'ils soient venus chez nous en jouissance de ce traité (sans un nouveau sauf-conduit).

comm. Car ce traité de trêve enftraîne protection pour eux sur notre territoire. Ils sont donc comme ceux qui arrivent sous sauf conduit, pour qu'il (nous) incombe de leur porter secours.

• 3800. Et sur la même base, si les habitants du pays, qui ont capturé ces (touristes étrangers sur le territoire islamique), embrassent l'Islam (et deviennent sujets de l'Etat islamique), le chef de l'Etat musulman leur donnera l'ordre de relâcher ces (captifs), qui deviendront hommes libres comme ils l'étaient avant la capture. Dans ce cas il est égal que le traité de trêve (avec les Musulmans) soit toujours en validité ou qu'il ait expiré. [1]

comm. Car au moment où ces (victime de la capture) se trouvaient sur notre

(1) L'auteur veut dire que les touristes étrangers, que certains autres étrangers avaient capturés sur le territoire islamique, jouiront de ce droit à la libération par l'intervention du gouvernement musulman même si la trêve qui existait entre le gouvernement musulman et le gouvernemet de ces victimes de l'agression étrangère au moment de l'agression a expiré au moment de la récupération de ces victimes par le gouvernement musulman.

territoire jouissant de sauf-conduit, * mais non dotés de puissance résistante, ils étaient comme des Dhimmîs. Il (nous) incombe donc de leur porter secours; et les (autres) ennemis en guerre ne deviennent jamais les propriétaires de ces (captifs), étant donné que la qualité d'hommes libres s'est renforcée en faveur de ces (victimes de l'agression), du fait qu'ils se trouvaient sur le territoire islamique. Donc si les (ravisseurs) embrassent l'Islam, il est de leur devoir de les relâcher.

suite: De même, à supposer que ces (ravisseurs) n'embrassent pas l'Islam mais qu'un Musulman se rende chez eux sous sauf-conduit et leur achète ces (captifs) contre une certaine somme, -ou qu'il paie leur rançon, - alors ce cas et celui du rachat contre rançon d'un prisonnier musulman ou dhimmî seront exctement pareils dans tous les détails que nous venons de mentionner. De même si un de ces ravisseurs se rend (de nouveau) chez nous sous sauf-conduit, accompagné de certains de ces captifs, on les lui enlèvera gratuitement.

comm. Car ce (ravisseur) est un prévaricateur en les détenant en captivité. En cela la condition de ces (captifs étrangers) sera comme celle des Dhimmîs, étant donné qu'il n'est pas permis d'octroyer un sauf-conduit dont la condition serait de confirmer au prévaricateur de détenir en captivité un homme libre fait prisonnier (sur notre territoire).

• 3801. A supposer que parmi ces touristes étrangers enlevés (sur le territoire
1812 islamique) il y ait un esclave, * et que le reste des circonstances soit le même, (c.-à-d. que le ravisseur le ramène chez nous sous sauf-conduit), on ne contraindra pas ce (ravisseur) venu sous sauf-conduit à le vendre (à un Musulman). Ce serait le contraire s'il s'agissait d'un esclave musulman ou dhimmî;-

comm. Car cet (ennemi, qui était doté de puissance résistante lors du ravissement du touriste étranger) en est devenu le vrai propriétaire en le mettant en sécurité (sur son territoire, puisqu'il s'agissait d'un esclave étranger), dans tous les cas;-

• 3802. Au contraire un (esclave) musulman ou Dhimmî ne peut pas être confirmé en tant que propriété d'un ennemi en guerre. C'est pourquoi on contraindra cet (ennemi venu sous sauf-conduit) à le vendre (à un Musulman). Mais si l'esclave est un sujet ennemi (et de religion non-islamique), alors un ennemi en guerre peut devenir propriétaire d'un ressortissant d'un autre pays en guerre; et puisque l'appropriation s'est achevée au moyen de la mise en sécurité (après la capture sur le territoire islamique), on ne contraindra pas ce (ravisseur revenu sous sauf-conduit) à le vendre (à un Musulman).

comm. Ce qui exiplique cela, c'est que l'on contraint le (ravisseur) à vendre son (captif) pour que ce dernier redevienne ce qu'il était auparavant. Or ce (captif était, avant la capture, un ennemi en guerre (et esclave d'un ennemi en guerre), et si on obligeait à ce qu'il fût vendu sur le territoire islamique, il ne serait vendu qu'à un Musulman ou à un Dhimmî (pour devenir lui aussi un Dhimmî), et il ne pourrait

donc pas redevenir ennemi en guerre comme auparavant. Voilà pourquoi on ne contraindra pas ce (ravisseur) à le vendre. (1)

• 3803. (Chaibânî) ajoute: Si ceux des étrangers, qui ont conclu la trêmve avec nous, ne se rendent pas chez nous, mais qu'un tiers ennemi les attaque dans leur pays pour faire des prisonniers, et si par la suite les Musulmans remportent la victoire sur ce (tiers ennemi) et récupèrent les (captifs faits sur les amis des Musulmans), ces (captifs) deviendront esclaves des Musulmans.

comm. Car ce (tiers ennemi) ne les a pas fait prisonniers sur le territoire islamique, étant donné que le territoire des étrangers en trêve reste territoire de l'ennemi, où la juridiction islamique ne s'exerce pas. Il y avait, dans ce cas, une trêve entre nous et eux, mais pas entre eux et le pays tiers (qui les a envahis). Voilà pourquoi la mise en sécurité par ceux qui ont fait ces captifs est achevée (et leur a donné le titre de propriété); et ce n'est qu'ensuite que les (Musulmans) ont dominé cet (ennemi tiers). Voilà pourquoi ces (captifs) deviendront les esclaves des Musulmans.

En outre, nous avons déjà mentionné que si les étrangers, (2) qui viennent sur notre territoire sous sauf-conduit, sont dotés de puissance résistante, et si par la suite un tiers ennemi * les domine (sur notre territoire) et les met en sécurité, ils deviennent ses esclaves. A supposer que ces étrangers restent dans le pays en trêve avec les Musulmans (c.-à-d. dans leur propre pays) au moment où le (tiers ennemi) les domine, il en sera de même à plus forte raison.

* La raison en est que nous ne nous sommes imposé, vis-à-vis des étrangers 1813
qui sont en trêve avec nous, que de ne pas les molester, et non pas de leur porter secours contre leurs ennemis.

suite: Ce serait le cas contraire si certains de ces (étrangers en trêve) se rendent sur notre territoire, en jouissance de ce traité de trêve.

comm. Car si ceux qui se rendent chez nous ne sont pas dotés de puissance

---

(1) Il y a plusieurs questions gênantes: (1) La violation de l'asile qu'est le territoire islamique sera-t-elle laissée impunie? L'auteur sous-entend sans doute que, si les envahisseurs avaient capturé un esclave appartenant à un Musulman pour le mettre en sécurité sur leur territoire, ils en deviendraient les vrais propriétaires. S'agit-il d'un esclave étranger venus sous sauf-conduit, sa situation ne doit pas être meilleure que celle de l'esclave d'un ressortissant musulman. On le protège tant que les envahisseurs ne sont pas rentrés chez eux; mais une fois qu'ils ont gagné leur territoire, l'affaire est close en ce qui concerne les biens (y compris les esclaves) pillés par eux. Certes si les Musulmans récupèrent par l'exercice de la force cet esclave étranger pillé sur notre territoire, il y aura la question du postliminium en faveur du maître de cet esclave- l'auteur y reviendra plus loin- mais si le capturant ramène le capturé sous sauf-conduit la situation change. (2) A supposer que le maître de cet esclave (pillé par un tier ennemi puis ramené sous sauf-conduit chez nous) soit toujours sur notre territoire, est-ce qu'on contraindra ce tiers ennemis de vendre l'esclave à son propriétaire d'origine? Notre auteur n'en parle pas, mais sa réponse peut être dans l'affirmative.

(2) La fin de ce paragraphe implique qu'il s'agit des ressortissants d'un pays en trêve avec les Musulmans. Mais il n'y a pas de différence entre les différents étrangers s'ils jouissent du sauf-conduit.

résistante, il nous incombe de leur porter secours, eu égard au fait que de jure un sauf-conduit est établi en leur faveur sur notre territoire (et ils sont comme des Dhimmîs).

• 3804. Supposons que ceux qui ont envahi la peuplade qui est en trêve avec nous soient des rebelles musulmans (Khawârij), puis que les loyalistes les dominent, les (Loyalistes)laisseront les (étrangers capturés par les rebelles musulmans) regagner leur lieu de sécurité pour qu'ils soient hommes libres; et rien à faire contre eux.

Si les (rebelles) les ont attaqués sur le territoire islamique, le statut légal cité ne fait pas de difficulté. Mais, même si les (rebelles musulmans) les attaquent sur le territoire étranger en trêve avec nous, le statut sera le même, car par le traité de trêve nous nous imposons le devoir de ne pas les molester et qu'aucun Musulman non plus ne les opprime. Or les rebelles (Khawârijh) sont des Musulmans. Il incombe donc au chef de l'Etat musulman d'écrater des gens en trêve toute oppression en provenance des (rebelles) si cela lui est possible, au même titre qu'il lui faut écarter l'oppression en provenance des Loyalistes, dans la mesure du possible. Mais c'est le contraire dans le cas d'un (tiers) ennemi, car il n'incombe point au chef de l'Etat musulman, à cause d'une trêve avec nous, d'écarter des étranger en trêve avec nous l'oppression en provenance d'un tiers ennemi. Le fait est que le (chef musulman) ne s'est pas imposé de devoir vis-à-vis d'eux (dans le traité de trêve).

comm. Ce qui explique la différence, c'est que la protection octroyée par les rebelles musulmans (Khawârij) engage aussi les Loyalistes, tout comme celle qui est octroyée par les Loyalistes engage aussi les rebelles musulmans, en considération de cette parole du Prophète: "...à la réalisation de la garantie donnée par les (Musulmans), s'efforcera même quiconque est le plus bas..." (cf supra • 810). Donc si la protection octroyée par les (Loyalistes) engage aussi les rebelles, ceux-ci ne deviennent pas, par leur capture, propriétaires des (étrangers en trêve avec le gouvernement musulman). Voilà pourquoi il est obligatoire qu'on les laisse hommes libres comme auparavant.

• 3805. (Chaibânî) poursuit: Si un ennemi en guerre se rend chez nous sous sauf-conduit, accompagné d'un esclave lui appartenant, et si cet esclave a été capturé (sur notre territoire) par un tiers ennemi en guerre qui l'a mis en sécurité, et que par la suite cet esclave tombe dans le butin (des Musulmans), peu importe si le propriétaire d'origine de cet (esclave) continue à se trouver sur le territoire islamique ou s'il est rentré (chez lui) dans le territoire ennemi, il faut distinguer: S'il se présente avant le partage du butin, il reprendra cet (esclave en postliminium) sans rien payer, mais s'il se présente après le partage, il peut le reprendre contre paiement de la valeur, s'il le veut.

comm. Car tant qu'il se trouve chez nous, sa condition serait comme celle d'un Dhimmî, quant à sa personne, si on le capturait; donc ce serait de même quant à ses
1814 biens si un (tiers ennemi) les capturait (sur notre territoire), * étant donné que l'effet du sauf-conduit s'étend aussi bien aux biens qu'à la personne. Certes, s'il regagne le

territoire ennemi, l'effet du sauf-conduit concernant ce qu'il ramène avec lui prend fin; mais l'effet du sauf-conduit persiste sur ce qu'il (laisse sur le territoire islamique et) ne ramène pas (chez lui), comme si cet homme n'avait pas gagné le territoire ennemi (sa patrie). Voilà pourquoi le statut légal est ce que nous avons mentionné.

Le cas est pareil si l'esclave ser rend chez nous, sous sauf-conduit, sans être accompagné de son maître.

comm. Car l'effet du sauf-conduit reste établi en lui tant qu'il ne regagne pas le territoire ennemi (son pays). Puisque nous sommes imposé le devoir de lui faire regagner son lieu de sécurité- chose qui est devenue impossible (**litt.** inexistante) quand les tiers ennemis le mettent en sécurité- il en résulte qui s'il tombe dans (notre) butin, il faut le rendre à son maître d'origine: sans rien, si c'est avant le partage du butin; et contre paiement de la valeur, si c'est après le partage.

• 3806. Ce sera de même si un esclave du peuple en trêve avec nous se rend chez nous en jouissance de cette trêve-là (=sans un sauf-conduit spécial), -peu importe s'il est tout seul ou s'il est accompagné de son maître,- et qu'ensuite les (tiers)ennemis le fassent prisonnier de guerre.

comm. Car il jouissait de la protection chez nous à cause de ladite trêve. Donc il a le même statut qu'un étranger venant sous un sauf-conduit.

• 3807. Il en sera de même si un Musulman se rend sous sauf-conduit dans le territoire de ces ravisseurs, puis qu'il leur achète ces (esclaves): le maître d'origine aura la faculté de le reprendre contre le prix, s'il le veut, dons tous les cas.

comm. Car ici (chez nous) il est dans la même situation que l'escclave d'un Musulman ou d'un Dhimmî, qui serait capturé sur notre territoire. La seule différence est ce que nous avons déjà mentionné, à savoir que si ce prisonnier de guerre entre chez nous sous sauf-conduit et que son (ravisseur) soit avec lui, ce dernier ne sera pas obligé de vendre son (captif), au contraire du cas où cet (esclave-prisonnier) appartenait, à l'origine, à un Musulman ou à un Dhimmî, et (son ravisseur) venait sous sauf-conduit. (C'est -à-dire que, cet esclave étant un ressortissant du territoire islamique, on ne laissera pas (son ravisseur venu sous sauf-conduit) le ramener sur le territoire ennemi, mais on ne lèsera pas non plus le droit légitime de l'ennemi. On lui demandera seulement d'en disposer sur notre territoire en le vendant à un ressortissant musulman). Dans tous les autres cas, son statut sera exactement le même (que celui de l'esclave d'un Musulman). Et Dieu sait mieux.

1815 * Chapitre (174)

DE L'HÉRITAGE DES PERSONNES TUÉES, QUAND ON NE SAIT PAS QUI A ÉTÉ TUÉ LE PREMIER.

• 3808. Si deux Musulmans (**litt.** un groupe de Musulman), proches parents l'un de l'autre, sont tués de sorte qu'on ne sache pas qui d'entre eux a été tué le premier, alors ils n'hériteront pas l'un de l'autre, (1) mais l'héritage de chacun de ces (tuées) ira à ses proches parents encore en vie.

comm. Car les deux ont été tueés sans qu'on sache la date de leurs morts. Donc on considérera que les deux sont mort au même moment. Le point juridique est que toute nouvelle chose est attribuée au temps le plus récent, (si le contraire n'est pas établi. La nouvelle chose ici est la mort). La date est une chose qui, pour être établie, exige une preuve. En oture, pour hériter de quelqu'un, la condition sine **qua non** est que le parent survive au défunt. Si cette condition n'est pas connue avec certitude (d'avoir été réalisée) concernant un homme donné, on ne le déclarera pas héritier.

Ne vois-tu pas qu'un homme disparu n'hérite d'aucun de ses parents, tant qu'on
1816 ne sait pas avec certitude que ce (disparu) était en vie après la mort * de ce dont il est héritier.

• 3809. Le principe de base en cela est le récit que fait Khârija ibn Zaid, sur l'autorité de son père Zaid ibn Thâbit. Ce dernier dit: (Le calife) Abû Bakr me donna ordre de m'occuper de répartir les héritages des personnes (tuées) dans la bataille d'al-Yamâma; je donnai l'héritage des morts aux survivants, mais je n'accordai pas aux morts d'hériter les uns des autres. Zaid dit encore: (Le calife) 'Umar me donna ordre de répartir les héritages des personnes (mortes) au cours de la peste de 'Amwâs, où parfois tous les membres d'une tribu mouraient; je donnai l'héritage des morts aux survivants, mais je n'accordait pas aux morts d'hériter * les uns des autres. Hârija, pour sa part, rapporte: Je me suis chargé de répartir les héritage des personnes (massacrées) dans la bataille d'al-Harra, et je donnai les héritages des morts aux survivants, mais je ne donnai pas aux morts d'hériter les uns des autres.

comm. Dans son livre, (Chaibânî) cite les récits, avec toutes les chaines de narrateurs (c.-à-d. les sources exhaustives depuis l'événement jusqu'à l'époque de Chaibânî), concernant les compagnons du Prophète et ceux des savants qui leur ont succédé (Tâbi'ûn), afin de prouver ce même principe qu'on vient d'évoquer.

(1) Un exemple eclaircira les effets. Supposons qu'il y ait deux frères, dont chacun a une épouse, et qu'ils soient tués pendant une guerre. Si l'un meurt avant l'autre, sa femme obtient le quart et le frère survivant les 3/4; puis quand le deuxième frère meurt, sa femme hérite de la totalité des biens laissés, c.-à-d. la totalité des biens de son mari, y compris les 3/4 de l'héritage du premier frère. Au contraire si la date les décès est inconnue, chaque épouse obtient en héritage les biens de son propre mari seulement [illegible] 1/4 comme quote-part et 3/4 pour absence d'autres héritiers).

• 3810. (Chaibânî) poursuit: Si un prisonnier de guerre, réduit en esclavage, prétend avoir quelque parenté avec (d'autres prisonniers), et si ces autres le confirment- du moment que cette parenté n'est connue que par les dires de ces (prisonniers) -cela ne suffit pas à les faire hériter les uns des autres, sauf si on affirme qu'un tel est le père ou le fils de tel autre. (1) Mais, dans le cas où l'on établit, sur le témoignage des Musulmans, la preuve concernant quelques liens de parenté, alors l'héritage normal aura lieu;-

comm. Cette règle se fonde sur le principe que nous avons appris au sujet des réclamations (**da'wâ**) à savoir que si quelqu'un avoue quelque parenté avec un autre, son aveu est valide dans quatre cas: pour reconnître à cet autre la qualité de père, de fils, d'épouse ou de mawlâ (esclave affranchi). (2) De même si une femme avoue quelque parenté, son aveu est valide dans trois cas: pour reconnaître à cet autre la qualité de père, d'époux, ou de mawlâ; mais son aveu n'est pas valide pour reconnaître à un homme la qualité de fils, car elle imposerait ainsi la généalogie de cet homme à quelqu'un d'autre qu'elle-même, c.-à-d. à celui qui était maître du lit. (3) A part ces parentés, on ne peut pas établir d'autres liens de parenté par l'aveu. La raison en est que celui qui avoue impose une généalogie à quelqu'un d'autre que lui-même;-

On se fonde à ce propos sur le récit suivant: on captura une femme qui portait un enfant, et elle l'appelait: mon fils, mon fils. On les affranchit par la suite. Cet enfant grandit, puis quand il mourut, il laissa une fortune. On dit alors à cette femme: Voilà l'héritage qui te revient, prends -le. Cela la gêna, et elle dit alors: Ce n'était point mon fils, mais le fils du préfet (**dihqân**) de la région, et je n'étais que sa nourrice. On écrivit à ce sujet au (calife) 'Umar, et lui de répondre: "Ne faites pas hériter d'un **hâmil** (voir plus bas pour le sens), sauf sur preuve". On a pris pour principe de base cette directive dans la règle que nous avons énoncée.

Car le terme **hâmil** signifie "personne à parenté imposée". Ce terme se prend ou bien dans le sens du participe passé, * comme le mot **mahmûl** (celui dont la 1817
généalogie est transportée), ou bien dans le sens du participe présent comme le mot **hâmil** (celui qui transporte sa généalogie à quelqu'un d'autre). Les deux sont valables ici. (cf infra IV, 165).

• 3811. Si quelqu'un meurt sur le territoire ennemi et qu'on partage son héritage d'une façon non conforme à la loi islamique, -si par exemple, on a donné

---

(1) Ni les prisonniers ni les esclaves n'héritent de personne. Il semble que l'auteur pense au cas de l'aveu pendant qu'il est prisonnier ou esclave, pour hériter après son affranchissement, comme indique le cas de l'époque de 'Umar cité plus bas comme autorité.

(2) En cas d'absence d'autres héritiers légaux d'entre les proches parents, l'affranchisseur hérite de son affranchi.

(3) Maître du lit, c'est le mari si la femme est libre, et le propriétaire, si elle est esclave -**umm-walad**. Le Prophète a dit: l'enfant appartient au maître du lit, et l'adultère ne reçoit que la lapidation (Mais l'argument de Sarakhsî laisse a désirer, car même le fils illégitime hérite de sa mère, même s'il n'hérite pas de son père.)

l'héritage seulement aux garçons à l'exclusion des des filles, ou seulement aux enfants mais pas aux père et meré ou pas à filles, ou seulement aux enfants mais pas aux père et mère ou pas à l'épouse, -puis qu'après l'achèvement du partage, ces gens-là embrassent l'Islam, alors ce partage sera laissé exécutoire pour ce qu'ils ont fait (selon leurs coutumes et leur statut personnel). Certes s'ils n'avaient pas encore fait le partage quand ils ont embrassé l'Islam, il leur faudrait refaire le partage de l'héritage entre eux selon la loi islamique.

comm. Car dès qu'ils embrassent l'Islam, ils s'imposent les lois des Musulmans. Mais cela leur incombe pour ce qu'ils vont entamer dans l'avenir, et non pour ce qu'ils ont déjà fait avant leur islamisation. Ce sera comme pour leurs contrats concernant l'alcool, le porc etc. (qui n'ont pas de valeur légal en Islam).

Le principe de base en cela se fonde sur le récit que rapporte 'Amr ibn Dînâr, qui dit que le Prophète a dit: "Si un héritage quelconque a été partagé pendant le temps de l'Ignorance (pré-islamique), cela restera selon le partage du temps de l'Ignorance, mais si l'on a à le faire en Islam, ce sera selon le partage islamique (de l'héritage)". L'expression "si on a à le faire en Islam" signifie: Si les bénéficiaires de l'héritage embrassent l'Islam avant le partage de l'héritage.

• 3812. C'est le contraire du cas des Dhimmîs: Si ceux-ci partagent leurs héritages selon quelque chose d'autre que la loi islamique, puis qu'ils portent litige devant le chef de l'Etat musulman, celui-ci annulera leur partage et répartira leur héritage selon la loi islamique.

comm. Car les Dhimmîs s'imposent les règles islamiques dans leurs affaires temporelles (**mu'âmalât**). Le statut pour eux sera donc le même que pour les Musulmans, sauf en ce que les Dhimmîs exceptent dans leur contrat de naturalisation, comme les contrats pour l'alcool et le porc, le mariage avec les
1818 parents de degrés prohibés. * (1) Au contraire, les ennemis en guerre ne s'imposent pas le loi islamique avant de se convertir à l'Islam. C'est pourquoi la règle est telle que nous venons de le mentionner. (2)

• 3813. Il n'y a pas héritage entre deux parents dont l'un est un ennemi guerre et l'autre un Dhimmî, même si les ennemis en guerre se rendent chez nous sous sauf-conduit.

comm. Car il s'agit de personnes de deux territoires différents. En effet le touriste étranger venu sous sauf-conduit reste ressortissant du territoire ennemi. On

---

(1) Selon la loi de Khvedhvagdas, c'est acte de piété, chez les Zorastriens (Mages), que d'épouser sa propre mère, soeur ou fille.

(2) Depuis l'époque du Prophète, les gouvernements musulmans n'ont jamais imposé aux sujets non-musulmans d'observer la loi islamique dans les questions d'héritage, de mariage etc. (Le Qur'ân ordonne même que les Chrétiens appliquent l'Evangile et les Juifs la Thora, comme dans les versets V 44-47). Ce que dit Chaibânî c'est que, si les Dhimmîs renoncent à leur autonomie judiciaire et s'adressent au tribunal islamique, le juge musulman décidera selon la loi islamique. Dans son commentaire Sarakhsî semble n'avoir pas pris en considération la nuance.

sait que la différence des territoires a une influence, pour couper l'immunité et la protection (**walâya**), plus forte que la différence des religions. Donc s'il n'y a pas héritage entre parents de deux religions différentes, il n'y a pas non plus héritage entre parents de deux territoires différents.(1)

suite: Sur la même base, les ennemis en guerre en provenance de territoires différents n'héritent pas les uns des autres (sur le territoire islamique).

comm. Car, à leur propos, l'effet du statut de la différence des territoires provient de la différence des puissances résistantes (différence des juridictions). Et "l'administration de la loi dans les territoires de ces (étrangers de différents pays non-musulmans) n'est pas régulier" (2) au point * qu'une même juridicition puisse 1819
les réunir, au contraire du cas du territoire islamique.

suite: Certes si les ennemis en guerre se font naturaliser comme Dhimmîs, on les fait hériter les uns des autres, quand il y a parenté.

comm. C'est parce qu'ils deviennent les ressortissants du territoire islamique, et qu'ils jouissent tous de la même protection (islamique). On considère tous les mécréants comme formant une seule religion. Voilà pourquoi on les fait hériter les uns des autres.(3) et Dieu sait mieux.

* Chapitre (175) 1820

DU PRISONNIER DE GUERRE ET DU DISPARU, ET DE CE QU'IL FAUT FAIRE DES BIENS LAISSÉS PAR EUX.

• 3814. Le cheikh, le savant dirigeant (Sarakhsî) dit: sache que nous avons déjà mentionné la plupart des questions du présent chapitre dans notre commentaire **d'al-Mukhtasar,** dans le chapitre du "Disparu" (cf. **Mabsût**, XI, 34-48). Nous mentionnons donc ici ce que nous n'y avons pas mentionné. Ainsi:

Si la femme d'un soldat qui a été fait prisonnier par l'ennemi a la preuve que son mari a apostasié pour embrasser la religion des mécréants, elle observera une attente de trois menstrues (comme si c'était un divorce, cf. Q. 2/228), puis pourra se remarier; et si elle a la preuve que son mari est décédé, elle observera une attente de quatre mois et dix jours (cf. Q. 2/234), puis pourra se remarier. Et dans les deux cas, elle héritera (de son mari les biens laissés sur le territoire islamique).

---

(1) C'est la loi normale, fondée sur la pratique internationale d'alors, mais il semble que les traités internationaux étant valides, en Islam, on peut facilement instituer la réciprocité en renonçant mutuellement à la rigueur de cette règle d'antan.

(2) La partie de la phrase entre les quillemets semble superflue.

(3) Il est douteux que l'héritage ait lieu entre Dhimmîs de différentes religions. Ces questions ressortent normalement des tribunaux de chaque communauté. Dans les litiges entre membres de deux communautés, le cas peut venir devant le juge musulman, et la loi islamique interdit l'héritage entre proches parents de religions différentes. Et Dieu sait mieux.

comm. Car la condition du (mari) en tant que prisonnier de guerre ou en tant que personne disparue, est comme la condition qu'il aurait s'il avait été avec sa femme (sur le territoire islamique) jusqu'au moment de son apostasie ou de sa mort. En effet la capture par l'ennemi n'a pas pour effet de couper les liens du mariage.

Il faut noter toutefois que la preuve de la mort du mari s'établit, auprès de la femme, au moyen même d'un seul témoin, pourvu que ce témoin soit intègre. Mais l'apostasie ne s'établit auprès d'elle que par le témoignage de deux hommes, ou d'un homme et de deux femmes.

C'est ce que dit (Chaibânî) dans ce livre-ci, tandis que selon le chapitre **Istihsân** [1] (de son **Kitâb al-Aṣl**), les deux cas sont pareils, et il précise: La (preuve de l'apostasie) s'établira par le témoignage d'un seul homme, pourvu qu'il soit intègre, car il informe d'une affaire religieuse, étant donné que la licéité du remariage ou son interdiction sont chose religieuse.

Ne vois-tu pas que l'apostasie de la femme s'établit, auprès du mari, par le témoignage d'un seul homme, et cela pour la même raison? Mais dans le présent
1821 ouvrage, (Chaibânî) donne un avis différent. * Pour l'expliquer nous disons que l'apostasie de l'homme lui fait mériter la peine de mort; donc le statut légal à ce propos est plus rigoureux que celui de l'apostasie de la femme. Voilà pourquoi l' (apostasie de l'homme) ne doit pas s'établir par le témoignage d'un seul homme, mais s'établir par le témoignage d'un homme et deux femmes, ou encore par le témoignage de l'existence d'un témoignage (= témoignage de seconde main). Car le but est de permettre au tribunal de décider de répartir l'héritage (de l'apostat), et c'est chose qui s'établit malgré quelques doutes. Voilà pourquoi nous l'établissons par une preuve qui a quelque doute.

Ne vois-tu pas ceci? Si les témoins attestent ce fait (non pas devant l'épouse mais) devant le tribunal, le juge musulman a la faculté de décréter le partage des biens laissés (par l'apostat) entre ses héritiers musulmans. De même si les témoins attestent (le fait) devant la femme, nous disons qu'elle a la faculté de se remarier après l'attente du délai légal.

• 3815. A supposer que par la suite le mari rentre à la maison en tant que Musulman et qu'il dise que le témoignage a menti contre lui, on n'admettra pas sa parole. On le considérera comme s'il embrassait l'Islam **ab initio** maintenant. Donc on ne lui rendra pas sa femme, si ce n'est par un mariage renouvelé, et il sera égal qu'elle se soit remariée ou non.

A supposer que deux témoins attestent l'apostasie du (prisonnier) devant des gens, puis que les deux disparaissent ou que les deux meurent, alors ces gens (auditeurs) n'ont pas la faculté d'attester l'apostasie de ce (prisonnier).

comm. Car ces deux témoins-là n'ont pas demandé à ces gens-là de témoigner

(1) Cf. aussi infra IV, 207.

de leur témoignage. Certes si les deux (premiers) témoins demandent à ces gens-là de témoigner de leur témoignage, alors ces gens auront la latitude de témoigner du témoignage de ces deux-là, comme il arrive dans toutes les autres affaires judiciaires.

suite: Si un seul Musulman au caractère intègre informe de la mort du (prisonnier), il n'y a pas de divergence d'opinions, et la femme a la faculté d'attendre le délai légal puis de se remarier.

comm. Car à cette information n'est lié aucun droit dont l'homme (décédé) puisse être poursuivi, au contraire du cas de l'apostasie. Toutefois il faut que cette information soit digne de créance; par exemple, que le témoin dise: J'ai vu sa mort, ou: J'ai assisté à son cortège funèbre. Mais s'il dit: "Un informateur m'en a informé", ce ne sera pas digne de créance.

• 3816. Au contraire, s'il informe des gens qu'il a vu (la mort de cet individu), il sera loisible à ces gens-là de porter devant le juge témoignage de la mort de cet
individu. * Mais s'ils mentionnent au juge qu'ils l'ont entendu de quelqu'un, alors le 1822
juge ne décrétera pas sur la base de leur témoignage, comme il aurait décrété si cette informateur lui-même venait pour informer le juge de cet (oui-dire). Cela ressemble au témoignage concernant le titre de propriété: Si quelqu'un atteste que la propriété qui se trouve en sa main possédante est la sienne, ce témoignage est valide; mais si quelqu'un d'autre informe le juge qu'il atteste que cet homme est le propriétaire de la propriété en question, parce qu'il l'a vue en sa main, le juge ne se fiera pas à son témoignage. (Revenons au cas en discussion): Si quelqu'un informe de la mort d'un autre, parce qu'il l'a vu mourir, on se fiera à son information s'il n'y a pas de raison de l'accuser (=de le soupçonner); mais s'il peut être accusé [(1)] de quelque chose, -par exemple, s'il est un des héritiers du défunt, ou même le bénéficiaire de son testament pour quelques biens, -alors on ne se fiera pas à son information, car il s'attire [(2)] du bénefice [(3)] à lui -même; et il sera donc considéré suspect (**litt.** accusé) dans son information autant qu'un pervers (dont parle le Qur'an 49/6).

En outre, le juge décrétera les frais d'entretien pour la femme du prisonnier ou du disparu, aux dépens des biens de celui-ci, pourvu que le mariage de cette femme avec lui soit chose connue, et il sera égal qu'elle soit une Musulmane ou une Scripturaire (Judéo-chrétienne).

Car le droit aux frais d'entretien par suite du mariage ne dépend pas de l'identité de religion du couple; au contraire il est précisé dans le texte de la Loi que la cause de ce droit est qu'on a voulu avoir des enfants (moyennant cette femme).

Si l'on a obtenu des frais d'entretien pendant quelque temps, puis qu'il soit établi sur preuve que le prisonnier -ou le disparu- était déjà mort avant l'octroi des

(1) A lire مُتَّهماً "comme dans le MS de Paris, au lieu de متهما de l'éd.
(2) A lire ainsi يجر selon le MS de Paris, l'éd. portant: يخبر
(3) Ainsi مغنما selon le MS de Paris, l'éd. portant. معينا

frais d'entretien, alors le chef de l'Etat musulman (**autre version:** le juge) obligera les bénéficiaires à dédommager de ce qu'ils ont obtenu.

1823 **comm.** * Car il est devenu évident qu'on a obtenu (ces frais d'entretien) sans y avoir droit. (En cas de différence de religions entre le mari et la femme), on ne peut pas déduire de l'héritage ces frais déjà payés, car il n'y a pas d'héritage en cas de différence de religions entre les époux. Voilà pourquoi on obligera ceux (qui ont obtenu sans droit les frais d'entretien) à en dédommager.

suite: Il en sera de même si la preuve est établie que le prisonnier a apostasié sur le territoire ennemi, avant l'octroi des frais d'entretien (à sa femme).

comm. Car l'(apostasie) est **de jure** comme la mort, en ce qui concerne les frais d'entretien.

• 3817. Si cette femme dit: Comptez, ce que j'ai obtenu, (non comme des frais d'entretien pendant l'absence de mon mari, mais) comme des frais d'entretien pendant le délai légal pour une veuve (cf Quran, 2/234), on ne prendra pas en considération sa parole.

comm. Car elle a droit aux frais d'entretien pendant le délai légal de veuve, aux dépens de l'apostat, si celui-ci est dans le territoire islamique; mais après qu'il a gagné le territoire ennemi, non.

suite: Cela ressemble au cas du divorce: si quelqu'un divorce d'avec sa femme en répétant par trois fois la formule du divorce, puis qu'il gagne le territoire ennemi en apostasiant, elle n'a pas droit aux frais d'entretien après ce départ.

comm. Car gagner le territoire ennemi en apostasiant, c'est comme de mourir. (Donc sa femme recevra l'héritage, mais non les frais d'entretien).

• 3818. Si un prisonnier (musulman) a laissé des biens en dépôt chez quelqu'un et que celui-ci l'avoue, et également des biens qu'il a prêtés à quelqu'un, et que ce dernier l'avoue, alors le juge décrétera qu'on prélève les frais d'entretien pour la femme, les enfants et les père et mère (du prisonnier) sur le dépôt et non sur le prêt.

comm. Car le dépôt est une chose confiée (**amâna**), et la loi veut que si le dépositaire dit: "C'est perdu", on y ajoute foi. Au contraire du prêt, où l'emprunteur est redevable de dédommager (de rendre ou de rembourser). Donc il est dans l'intérêt du prisonnier qu'un charge les frais d'entretien (de sa famille) sur ce qu'il a laissé en dépôt, et qu'on fasse attester par des témoins l'aveu du débiteur, pour s'assurer contre une négation (éventuelle) du débiteur.

1824 • 3819. * Et si le juge est d'avis d'enlever le dépôt de la main du (dépositaire) et de le confier à quelqu'un de digne de confiance, (1) en lui donnant l'ordre de dépenser (pour la famille du prisonnier) aux dépens de l'émprunt du débiteur, (2) il n'y a pas à faire grief de cela.

(1) A lire ثقة selon le MS de Paris, l'éd. portant. بقية

(2) A lire دين الغريم , comme dans le MS de Beyrouth l'éd. portant الدين الغريم

comm. Car le (juge) est chargé de veiller sur les intérêt, de tous ceux qui sont dans l'incapacité de s'occuper eux-mêmes de leur affaires.

suite: En outre, si le débiteur prétend avoir dépensé (pour la famille du créancier-prisonnier) quelque chose en remboursement de la dette, on ne lui ajoutera pas foi sauf s'il en produit la preuve, au contraire du cas du dépositaire: on ajoute foi à celui-ci s'il prétend avoir dépensé (pour la famille du dépositeur) aux dépens du dépôt, pourvu qu'il l'affirme par serment.

comm. Car un débiteur dépense sur ses propres biens; et, par conséquent, s'il charge ses dépenses sur le compte du créancier, c'est pour les faire déduire (de la dette) par la suite. Donc, s'il prétend avoir prêté de l'argent à autrui, on n'y ajoutera pas foi si ce n'est sur preuve. Au contraire du dépositaire auquel on confie une chose pour qu'il la garde; donc il dépense (non pas ses biens mais) les biens d'autrui, par ordre de ce dernier ou par ordre de celui qui le remplace, comme le juge du tribunal. Voilà pourquoi on ajoute foi à la remplace, comme, juge du tribunal. Voilà pourquoi on ajoute foi à la parole du dépositaire, accompagnée du serment.

Ne vois-tu pas que si le débiteur prétend avoir remboursé la dette, on n'y ajoute pas foi, sauf sur production de preuve, tandis que si le dépositaire affirme avoir rendu le dépôt, on y ajoute foi si l'affirmation est accompagnée du serment?

• 3820. Si, après que le débiteur ou le dépositaire a dépensé (pour la famille du prisonnier) par ordre du tribunal, le prisonnier revient et nie l'existence du mariage avec cette femme, et si la femme ne produit pas la preuve de ce (mariage), et le prisonnier jure qu'elle n'est pas sa femme- et cela, selon l'avis de ceux des juristes qui sont d'avis que le serment est autorisé * dans les questions de mariage - ce 1825
prisonnier aura la faculté de récupérer ses biens et du débiteur et du dépositaire.

comm. Car si le juge a compétence pour donner l'ordre de dépenser le frais d'entretien, c'est à cause du mariage et pour sauvegarder l'intérêt de l'absent. Or ici le mariage n'est pas prouvé. Il est donc démontré que le (juge) a fait dépenser les biens de cet (absent) pour un étranger, par un ordre qui n'est pas correct juridiquement. Donc le (juge) sera responsable de dédommager l'(absent) de ces (dépenses), et il récupérera sur celui qui a dépensé pour un (étranger sans parenté avec l'absent). Car ce (débiteur, ou ce dépositaire) avait obtenu de cet (absent) les bines pour lui-même (et non pour des étrangers), donc il sera responsable de dédommager de ce qu'il a obtenu de lui.(1)

suite: A supposer que le (débiteur, ou le dépositaire) qui a effectivement dépensé les frais d'entretien soit pauvre, et si le prisonnier veut, (à son retour),

(1) Le passage tel quel ne convainquera le lecteur, car le trubunal ayant décrété les dépenses, le dépositaire ou le débiteur ne doivent plus être tenus pour responsables de l'erreur du fait concernant l'existence du mariage. L'auteur y revient plus loin, et précise qu'il s'agit en effet du cas où le débiteur et le dépositaire témoignent de l'existence du mariage entre le prisonnier et cette femme, et le tribunal ne fait que se baser sur ce témoignage pour décréter les frais. Evidemment leur responsabilité reste ainsi entier.

charger la femme en question de dédommager des biens (reçus par elle comme frais d'entretien), il a la faculté de le faire en ce qui concerne les biens en dépôt , mais non en ce qui concerne les biens prêtés (dette).

comm. Car la femme a reçu les biens mêmes que l'homme avait confiés en dépôt, et elle les a dépensés pour elle; donc elle sera redevable d'en dédommager. Au contraire, dans le cas de la dette, elle n'a obtenu du débiteur que les biens de ce dernier (en remboursement de la dette, et non les biens originaux l'absent).

• 3821. En ce qui concerne la créance du prisonnier restant à la charge du débiteur, le prisonnier n'a (à son retour), aucune possibilité d'en charger la femme; mais il pourra seulement poursuivre le débiteur pour (le remboursement) aux dépens des biens de ce dernier. Au contraire, dans le cas du dépôt, si l'(ex-) prisonnier choisit d'abord de demander à la femme d'en dédommager, puis qu'il se désiste et qu'il veuille en charger le dépositaire, il n'en a pas la faculté.

comm. Car cette femme est vis-à-vis de l'(ex-) prisonnier comme une usurpatrice en compagnie (et en sus) d'un usurpateur de l'usurpateur (à savoir le débiteur ou le dépositaire). Donc une fois que l'homme a choisi de demander à l'un des deux (usurpateurs, la femme et le débiteur dépositaire) de dédommager, il n'a pas le droit de s'en désister et de se tourner vers l'autre. La raison en est que choisir l'un des deux pour demander le dédommagement, c'est acquitter l'autre de la même (responsabilité).

• 3822. A supposer que cet (ex-) prisonnier ne nie pas le mariage avec la femme, mais qu'il produise la preuve qu'il lui avait remis avant d'être fait prisonnier les frais d'entretien pour une période déterminée-ou qu'il avait divorcé d'avec elle et que le délai légal avait expiré avant qu'il ait été fait prisonnier- alors pas de
1826 responsabilité de dédommages: * ni sur le débiteur ni sur le dépositaire qui ont dépensé les frais d'entretien par ordre du tribunal. Mais dans ce cas l'homme pourra récupérer de la femme ce qu'elle a obtenu (par cet ordre erroné du tribunal).

comm. La raison en est que, dans le premier cas, la responsabilité du dédommagement pèse sur les deux hommes (le débiteur et le dépositaire), eu égard au fait qu'ils avouent l'existence du mariage; et s'ils avaient nié cela, le juge ne leur aurait pas donné l'ordre de dépenser pour la femme quoi que ce soit. Or il a apparu maintenant, (sur production de la preuve,) qu'ils ont menti contre le prisonnier en ce qu'ils ont avoué. Voilà pourquoi on (les) charge du dédommagement. Au contarire dans le deuxième cas ici, il n'a pas été établi qu'ils aient menti en leur aveu (=affirmation) du mariage (entre le prisonnier et cette femme), mais le mari a prouvé un incidence qui fait tomber (la responsabilité des) frais d'entretien. Cela ressemble au cas de deux témoins qui ont attesté un meurtre involontaire (litt. par erreur): si le juge décide, sur la base de leur témoignage, (la responsabilité du) prix du sang, et que le (représentant de la victime) reçoive entièrement (le prix du sang), si par la suite revient sain et sauf celui dont le meurtre a été attesté, les deux témoins seront redevables de dédommager des biens (= du prix du sang payé); au contraire si la victime du témoignage (=le meurtrier) produit le preuve que le blessé lui a

pardonné, avant sa mort, la blessure et les suites de la blessure, alors les témoins n'auront pas la responsabilité de dédommager. Il en sera donc de même ici.

• 3823. Si le débiteur -ou le dépositaire- affirme qu'il a assisté au mariage de cette femme, mais qu'il ingnore si le (prisonnier) a divorcé d'avec elle ou non, alors le juge donnera l'ordre de verser les frais d'entretien.

comm. Car si la chose principale est établie sur preuve, on la considère comme subsistante tant qu'il n'y a pas d'indice de son évanouissement.

• 3824. Il en sera de même si le (débiteur ou le dépositaire) affirme que cette femme est toujours mariée avec ce (prisonnier) et si le prisonnier (au retour) établit la preuve qu'il avait divorcé d'avec elle, en répétant la formule par trois fois (= divorce irrévocable), avant d'être fait prisonnier, et que le délai légal avait aussi expiré, alors dans les deux cas, il n'y a pas de dédommagement en sa faveur grevant
* le débiteur et le dépositaire; il n'a pas non plus besoin, dans le deuxième cas, de 1827
protester contre les deux (le débiteur et le dépositaire) pour dire qu'ils ont menti en affirmant que cette femme était toujours son épouse. C'est donc elle que je chargerai des dommages, à cause de cette affirmation, eu égard au fait qu'on n'en a pas besoin une fois que l'essentiel, le mariage, a été admis -peu importe si (le témoin affirme) qu'elle est toujours l'épouse de l'autre, ou qu'il dise: Je ne sais pas la situation actuelle- le juge donnera l'ordre que ce (témoin débiteur) dépense (pour la femme) les frais d'entretien. En effet pour une chose dont on n'a pas besoin, il est égal qu'on produise le témoignage de son existence ou de son inexistence. Puisque ces deux hommes (le débiteur et le dépositaire) ont été véridiques dans leur affirmation du mariage (entre cette femme et le prisonnier), nous ne les chargerons pas de dédommager en quoi que ce soit. Cela ressemble au cas où quelqu'un meurt, puis qu'une femme prétende être son épouse et en produise la preuve, en sorte que le juge lui octroie l'héritage qui convient à une épouse: si par la suite on produit la preuve que le (défunt) avait divorcé d'avec elle ayant répéte par trois fois la formule du divorce, et cela quand il se portait bien, alors les héritiers n'auront pas la faculté de charger des dommages les témoins (du mariage), et il sera égal que ces témoins aient atté sté seulement le fait du mariage ou, (en plus,) que la femme etait encore l'épouse du défunt le jours du déces du (prisonnier).

comm. Car ce qu'on prend en considération dans leur témoignage, c'est le seul fait du mariage. Or ils étaient véridiques sur ce chef du témoignage.

• 3825. Il en sera de même si un ennemi en guerre embrasse l'Islam et entame ensuite une fraternité contractuelle (**wilâ'**) avec quelqu'un: si cet (ex-ennemi) meurt et si des témoins attestent en faveur de l'autre qu'il est le frère contractuel du défunt- donc son héritier, en l'absence d'autres héritiers (parmi les proches parents)- et que le juge musulman décrète que cet autre est l'héritier, si par la suite un autre homme produit la preuve que le défunt avait rompu la fraternité contractuelle avec le premier, pour en faire une avec cet autre (le demandeur), au moyen d'un contrat régulier, et que l'homme principal soit mort au moment où le deuxième frère contractuel jouissait encore de cette fraternité, alors le juge accordera l'héritage au deuxième frère contractuel, à l'exclusion du premier. (Mais puisque le premier

1828 décret du tirbunal en faveur du premier frère contractuel est déjà exécuté) * le deuxième (frère contractuel) aura le choix: s'il le veut, il demandera aux deux premiers témoins de dédommager; et s'il le veut, il le demandera à celui qui a obtenu les biens (à savoir au premier frère contractuel, bénéficiaire du témoignage des deux premiers témoins.)

comm. Car si ces deux (premiers) témoins n'avaient attesté que le seul fait de la fraternité contractuelle, le juge n'aurait pas décrété l'héritage en faveur du premier tant qu'eux-mêmes n'auraient pas attesté que cet homme continuait d'être le frère contractuel du défunt et son héritier au moment du décès de ce dernier. Or il est maintenant manifeste que les témoins ont menti dans leur témoignage; donc ils seront redevables de dédommager. En effet c'est ce point qui est le pivot autour duquel tournent tous les cas où le mensonge du témoin se manifeste concernant la cause qui donne un droit déterminé: ce témoin est redevable de dédommager de l'objet de son témoignage (ici, la quantité de l'héritage); mais si son mensonge ne se manifeste pas concernant la cause qui donne un droit déterminé, alors il n'est pas redevable de dédommager. Et Dieu sait mieux.

1829

* Chapitre (176)

DU DROIT DU MEURTRIER À L'HÉRITAGE, QUAND L'UN DES PARENTS EST UN ENNEMI EN GUERRE ET L'AUTRE UN MUSULMAN

• 3826. Si les rangs des Musulmans et ceux des païens se rencontrent et qu'un païen tire sur son frère germain qui est un Musulman, en le blessant, si par la suite ce païen embrasse l'Islam, après quoi le blessé succombe mais sans laisser d'autres héritiers, alors l'héritage ira à ce frère (fratricide mais converti avant la mort de son frère). Il en sera de même si c'est le Musulman qui tire sur son frère païen, puis que blessé embrasse l'Islam avant de mourrir.

comm. Car dans ce dernier cas, le (Musulman) a tiré à bon droit; or quand quelqu'un tue un autre à bon droit, cela ne le prive pas de l'héritage de sa victime. C'est ainsi dans le cas où quelqu'un tue un de (ses proches parents) sur la base de la loi du talion, ou en le lapidant (pour adultère). Il en est donc de même dans le premier cas, car on a tué son parent parce qu'on était belligérant. Or nous avons eu occasion de dire (IV, 105, 106) que pour les questions juridiques, la mauvaise interprétation (mavais prétexte, ici, le droit des non-Musulmans à tuer les Musulmans lors d'une guerre) rejoint (=est égale à) la bonne interprétation, (ici, le droit du Musulman à tuer son ennemi non-musulman en guerre), même si les deux interprétations diffèrent au sujet du péché aux yeux de Dieu.

Ne vois-tu pas que ce mécréant (ennemi) ne mérite ni peine de mort selon la loi de talion ni même ne doit payer le prix du sang pour avoir tué un Musulman, même si par la suite il embrasse, l'Islam? Cela au même titre que le Musulman ne mérite aucune de ces deux peines pour avoir commis ce (meurtre de son parent, ennemi en guerre).

suite: (On tranche) sur cette même base le cas des rebelles vis-à-vis des Loyalistes. Car tous les juristes sont unanimes pour dire que si un Loyalistes tue son proche parent en rebellion, il ne sera pas privé de l'héritage (du rebelle, sa victime);-

comm. Car il l'a tué à bon droit; et si le rebelle tue son proche parent loyaliste, la réponse est la même, selon Abû Hanîfa et Chaibânî. Car une interprétation vicieuse (ici, le droit de belligérance pour le rebelle) accompagnée de la puissance résistante, rejoint (=est égale à) l'interprétation saine (ici, le droit de belligérance pour le loyaliste contre le rebelle). Tofutefois Abû Yûsuf dit à ce propos que, dans le cas présent (du meurtrier rebelle) il n'y a pas d'héritage, au contraire du cas d'un (meurtrier) non- musulman. La raison en est que le rebelle est quand même sujet aux règles de la loi islamique, (=elles s'appliquent à lui). Donc on considérera qu'il a tué le Loyaliste de façon illégale. Or priver quelqu'un de l'héritage est la conséquence (**litt.** rétribution) d'un mise à mort illégale. Au contraire le non-Musulman n'est pas sujet de la loi islamique, donc la règle qui prive le meurtrier de l'héritage de sa victime ne s'applique pas à lui.

• 3827. Car cette règle fait partie seulement de la loi islamique, (et non celle de ce païen). Mais ce que disent Abû Hanîfa et Chaibânî est plus correct, car le meurtre perpétré par un rebelle est comme celui d'un non- Musulman, en ce sens que dans aucun de ces deux cas le talion ne s'impose, ni non plus le prix du sang, eu égard au fait qu'il existe une interprétation justificatrice jointe à la puissance résistante. * 1830
Donc (s'il en est ainsi pour le talion et le prix du sang), il en sera de même, et à plus forte raison, pour l'héritage. La raison en est que la règle du talion et du prix du sang provient d'un texte qu'on récite liturgiquement (c.-à-d. dans le Qur'an), tandis que la règle qui prive le meurtrier de l'héritage de sa victime ne provient que d'un hadith du Prophète. Il n'y a pas de doute que ce qui s'établit par le texte révélé (du Qur'an) doit l'emporter.

• 3828. Ce sera le contraire si un père et son fils embrassent l'Isam sur le territoire ennemi, puis que l'un tue l'autre avant de gagner le territoire islamique. Car le meurtrier n'hérite rien de sa victime, même si le talion et le prix du sang ne s'appliquent pas à ce meurtre (qui a lieu sur le territoire ennemi, si le cas revient par la suite devant le tribunal musulman). Il en est de même à propos de deux prisonniers (musulmans), selon l'avis d'Abû Hanîfa.

comm. Car l'absence (**litt.** l'interdiction) de l'obligation du talion et du prix du sang provient ici non pas de l'interprétation que le meurtrier donne (à son agissement) mais de l'inexistence de la mise en sécurité. Or c'est la mise en sécurité (sur le territoire islamique) qui seule valorise le sang, et qui fait que le meurtre, de quelque façon qu'il ait lieu, ne sort pas d'être prohibé (**mahzûr**). Au contraire dans le cas présent (de la tuerie pendant la guerre), l'absence (**litt.** l'interdiction) de l'obligation du talion et du prix du sang a lieu à cause de l'interprétation justificatrice de la part du meurtrier. Puisqu'on déclare cette interprétation égale à une interprétation correcte, en ce qui concerne le talion et le prix du sang, on la déclarera de même dans le cas où il s'agit de priver quelqu'un de l'héritage (de sa victime).

• 3829. Si un groupe d'aventurier -ou de gens pervers- combattent des Loyalistes, et si un loyaliste tue son proche parent qui fait partie des aventuriers, il héritera de lui, car il l'a tué à bon droit. Mais si c'est l'aventurier qui tue son proche parent d'entre les Loyalistes, il n'héritera rien de lui.

comm. Parce que ce dernier meurtre est chose prophibée, de tous les points de vue, au point qu'il entraîne le talion si ce meurtre (de la part de l'aventurier) a eu lieu délibérément, et l'expiation (mentionnée dans le Qur'ân 4/92) s'il a eu lieu par erreur.

• 3830. A supposer que les deux groupes combattants soient des aventuriers et que chacun essaie de tuer l'autre groupe, personne n'héritera de son proche parent qui fait partie du groupe adverse.

comm. Car un tel meurtre est chose prohibée de tous les points de vue, au point (1)qu'il y aura le talion si le meurtre a été délibéré, et l'expiation s'il a été par erreur. Le résultat de cette discussion est que l'expiation et la privation de l'héritage sont chacune la conséquence (**litt.** rétribution) d'un meurtre prohibé. Si l'une est établie, l'autre aussi est établie. En ce qui concerne deux prisonniers (musulmans chez les ennemis) et deux ennemis en guerre(2)) qui embrassent l'Islam sur le territoire ennemi, un meurtre de leur part oblige à faire l'expiation, si le meurtre est par erreur; et, par conséquent, cela entraînera aussi la privation de l'héritage. Au contraire le meurtre survenu de la part d'un rebelle n'oblige pas celui-ci à faire une expiation, donc cela n'entraînera pas non plus le privation de l'héritage. et Dieu sait mieux.

1831

* Chapitre (177)
DE L'APOSTAT QUI SE TROUVE SUR LE TERRITOIRE ENNEMI, ET QUI EST ACCOMPAGNÉ DE SON ENFANT

• 3831. Ainsi parle (Chaibânî): Si un père, accompagné d'un de ses enfants, apostasie, puis que tous deux gagnent le territoire ennemi, et si les biens laissés par l'apostat sont portés devant le chef de l'Etat musulman, celui-ci les répartira entre les proches parents musulmans de cet (apostat), tandis que l'enfant qui a apostasié n'y aura aucun droit.

comm. Car l'héritage provient d'une certaine espèce de puissance (**Walâya**). Or un apostat n'a puissance sur personne. Par conséquent, il n'hérite non plus de personne. La raison en est que l'apostat n'a pas de religion (**milla**), tandis que l'héritage se fait entre (parents) de la même religion; voilà pourquoi il n'y a pas d'héritage mutuel entre deux personnes (proches parents) s'il y a différence de religion entre les deux. Pour cette raison l'apostat n'hérite rien de personne.

---

(1) Ainsi حتى d'après le MS de Paris, l'éd. portant: حين

(2) Manque à l'éd., suppléé d'après les MSS de Paris et de Beyrouth

• 3832. Mais on hérite de lui ce qu'il a gagné sur le territoire islamique quand il était encore Musulman.

comm. Car lorsque le juge musulman décrète que cet homme a effectivement gagné le territoire ennemi, il décrète le décès de celui-ci, étant donné que celui qui est ressortissant d'un pays en guerre est comme mort pour celui (de ses parents) qui est sur le territoire islamique. Toutefois ce statut légal de mort est appliqué à partir de son apostasie, car il meurt **de jure** par l'apostasie. Voilà pourquoi ses proches parents musulmans héritent de lui ce qu'il s'est acquis pendant qu'il était Musulman.

suite: Mais pour ce qu'il acquiert après l'apostasie mais avant de gagner le territoire ennemi, la réponse est la même, selon l'avis de Chaibânî. Abû Hanîfa, par contre, dit que ces biens seront considérés comme du butin de guerre (pour la communauté musulmane).

comm. * Car il n'est pas possible de penser que ces biens à hériter lui ont 1832
appartenu quand il était Musulman, étant donné qu'ils ne se trouvaient pas alors en son titre de propriété. Donc si le (juge) décrètait qu'il y eût matière à héritage dans ces (biens acquis après l'apostasie), ce serait faire hériter un Musulman d'un non-Musulman.

• 3833. Reste ce qu'il acquiert sur le territoire ennemi: ce sera hérité par son fils, qui a apostasié avec lui et a gagné avec lui le territoire ennemi, pourvu que le père meure apostat.

comm. Car il acquiert ces biens alors qu'il est ressortissant du pays en guerre, et l'on sait que les ennemis en guerre héritent les uns des autres, à l'exclusion de leurs parents ressortissants du terriroire islamique.

• 3834. A supposer qu'un de ses enfants le rejoigne, tout en restant Musulman, sur le territoire ennemi, cet enfant héritera de lui seulement les biens que le père a acquis quand il était Musulman, mais il n'en héritera pas ce qu'il a acquis après l'apostasie.

comm. Car la condition de cet (enfant musulman) sur le territoire ennemi est comme sa condition sur le territoire islamique, étant donné que le Musulman reste ressortissant du territoire islamique où qu'il se trouve.

• 3835. Il en sera de même si un Dhimmî rompt le pacte de (naturalisation) et gagne le territoire ennemi, accompagné de certains de ses enfants. Car le Dhimmî est ressortissant de notre territoire et, s'il rompt le pacte de naturalisation et gagne avec certains de ses enfants le territoire ennemi, il devient un ennemi en guerre. Donc la réponse à son propos et la réponse à propos d'un Musulman qui apostasie et gagne le territoire ennemi sont pareilles,

comm. étant donné que la différence des territoires coupe l'héritage, comme le coupe la différence des religions (du défunt et de son héritier).

• 3836. (Chaibânî) poursuit: Si l'apostat gagne le territoire ennemi, où se trouve sa femme qui est Musulmane, et aussi des enfants dont certains sont

Musulmans et d'autres Dhimmîs et d'autres encore apostats, et que le juge musulman n'ait pas encore décrété que cet homme a gagné le territoire ennemi quand le délai légal pour sa femme expire (c.-à-d. qu'étant Musulmane, son mariage est rompu lors de l'apostasie de son mari et, après le délai légal, elle peut se remarier avec un autre Musulman), et que les enfants adultes (non-musulmans) embrassent l'Islam, tandis que certains autres enfants meurent, alors le juge musulman décrétera que les biens laissés (sur le territoire islamique) soient donnés en héritage à l'épouse malgré le fait que son délai légal a expiré (=les liens de mariage ne subistent plus), ainsi qu'à ceux des enfants qui étaient Musulmans le jour où le (père-apostat) a gagné le territoire ennemi. Quant aux enfants qui ont embrassé l'Islam après que le (père) a gagné le territoire ennemi, ils n'en auront rien comme héritage.

comm. Cela sur la base de ce que nous avons déjà mentionné dans le chapitre **Siyar saghir** (du **Mabsût,** X, 102), à savoir que: selon l'avis de (Chaibânî) dans ses livres dits **Zâhir ar-riwâya** (cf § 158 note), on considère comme héritier celui des parents (de l'apostat) qui existait le jour où l'(apostat) a gagné le territoire ennemi; selon l'avis d'Abû Hanîfa rapporté par al-Hasan, on prendra en considération ceux des héritiers qui existent le jour de l'apostasie de cet homme, afin de pouvoir décréter l'héritage à partir de ce moment, de sorte que le parent musulman hérite du parent musulman (c.-à-d. que, l'apostasie étant **de jure** une mort, on considérera que cet apostat est mort comme Musulman. Il y a un récit d'un autre avis d'Abû Hanîfa, selon lequel on doit considérer comme héritier celui qui existe le jour où le juge musulman décrète que l'apostat a gagné le territoire ennemi, car le mort **de jure** de l'apostat a lieu quand le juge la décrète, et l'héritage n'a lieu que d'un mort. Mais le plus correct est l'avis que nous relevons dans les livres de **Zâhir ar-riwâya,** étant
1833 donné que la principale cause se constitue par l'apostasie, bien qu'elle s'achève par * le fait de gagner (le territoire ennemi). Or ce qui existe après que s'est constituée la cause principale, et même avant qu'elle s'achève, sera considéré comme existant dès le commencement de cette cause.

Ne vois-tu pas que, dans une marchandise, toute addition séparable qui a lieu après le contrat de vente mais avant la livraison est considérée comme existant dès le moment de la conclusion du contrat, pour qu'on puisse répartir la valeur (sur le principal et l'addition)? Il en sera de même donc ici. Certes ce qui a lieu après que la cause s'est achevée (l'apostat) ayant gagné le territoire ennemi, mais qui a lieu avant le décret du juge musulman, ne sera pas considéré comme avant existé dès le commencement de cette cause-là. Ce cas ressemble au cas d'un **mukâtab** (esclave libérable contre paiement de sa valeur à son maître): s'il meurt laissant beaucoup de biens, puis que son fils, qui était non-musulman, embarsse l'Islam- ou que ce fils, qui était esclave, ait été affranchi, ou même qu'un fils que ce **mukâtab** avait soit décédé- si par la suite la somme contractée pour la libération du **mukâtab** est payée, il faudra distinguer: Ce qui reste après le paiement de la contrevaleur de la libération sera héritage pour ceux de ses héritiers qui étaient héritiers légaux au moment de sa
1834 mort; * pas d'héritage pour les proches parents qui étaient alors esclaves ou non-Musulmans. Le point à noter est que le décret du tirbunal pour la libération du

mukâtab s'établira du moment où la contrevaleur de la libération aura été payée. Pourtant l'héritage commencera du moment où la cause s'ést achevée, et non du moment où le décrét du tribunal a lieu. Il en sera donc de même quant à l'apostat.

• 3837. Si l'apostat n'avait pas encore gagné le territoire ennemi quand le délai légal de sa femme a expiré, par l'écoulement de trois menstrues, et si après cela il gagne (le territoire ennemi) - ou même s'il est puni de mort- la femme n'en héritera pas.

comm. Car ce qu'on prend en considération c'est le moment où il gagne (le territoire ennemi). Or dans le cas présent, il ne subsiste aucun lien, à ce moment -là, entre ces deux (époux), contrairement à ce qui était vrai dans le cas précédent. Car là, elle observait encore le délai légal quand il a gagné le territoire ennemi.

suite: Un tel (apostat) a le même statut legal que celui qui s'enfuit (? de la maison, ? du territoire islamique).

comm. Car l'(apostat) achève ainsi d'acquérir la cause qui annule le mariage (**furqa**) au moment où il est sur le point de subir la mort. On sait que si le (mari) s'enfuit, le délai légal qu'observe sa femme remplace le fait du mariage, en ce qui concerne l'héritage.

• 3838. (Chaibânî) poursuit: Si les deux époux apostasient ensemble, puis que le mari embrasse (de nouveau) l'Islam, leur mariage sera définitivement rompu, sans qu'il soit besoin de divorce; et aucun des deux n'héritera de l'autre.

comm. Car ici on considère que l'annulation du mariage provient de la persistance de la femme en la mécréance malgré la conversion du mari à l'Islam. Une (apostate) ne risque pas non plus la peine de mort, pour que le mari hérite d'elle à cause d'une parenté (ici, le lien du mariage). Et elle-même n'héritera pas de lui s'il meurt, car l'annulation du mariage a eu lieu à cause de la femme (=son refus de se reconvertir à l'Islam).

suite: A supposer dans ce cas que ce soit la femme qui embrasse de nouveau l'Islam (et non le mari), dans ce cas aussi l'annulation du mariage aura lieu sans qu'il soit besoin de divorce;-

comm. Sauf selon l'avis de Chaibânî;-

suite: Mais elle héritera de lui s'il meurt avant l'expiration du délai légal qu'elle observe (pour cause de l'annulation du mariage).

• 3839. * (Chaibânî) continue: Si les deux époux apostasient ensemble, et si 1835
tous deux accompagnés d'un de leurs enfants mineurs gagnent le territoire ennemi, et que la femme soit enceinte et doive donner naissance à un bébé avant six mois, [1] ira alors l'héritage du couple (concernant les biens laissés sur le territoire islamique) à leurs héritiers Musulmans, et les deux petits (le mineur accompagnant les parents et le nouveau né) n'en hériteront rien.

---

(1) Car ce sera l'enfant de l'ancien mari, et non d'un autre homme qu'elle aurait épousé entretemps.

comm. Car on statuera que les deux enfants mineurs son aussi des apostats, suivant leur père et mère, puisque les deux enfants se trouvent avec les parents sur le territoire ennemi.

Ne vois-tu pas que les deux enfants sont susceptibles, (si l'armée musulmane les capture), d'être réduits en esclavage, et de faire partie du butin? Nous avons déjà mentionné qu'un apostat (ici, les enfants) n'hérite de personne.

suite: (Chaibânî) tire argument, pour légitimer leur réduction en esclavage, du fait que, quand les Banû Najia apostasièrent, (le calife) 'Alî captura leurs famille et les vendit à Maşqala ibn Hubaira contre cent mille dinars.

(Chaibânî) continue: Si ces (deux époux apostats) acquièrent quelques biens sur le territoire ennemi et meurent par la suite, puis que les habitants de cette région embrassent tous l'Islam, alors l'héritage de (ces biens acquis sur le territoire ennemi) par les deux (apostats) ira à ces deux (enfants mineurs).

comm. Car les deux (mineurs) sont devenus **de jure** des ennemis en guerre. Or les ennemis en guerre héritent les uns des autres.

• 3840. A supposer que dans le même cas le juge musulman n'ait pas encore décrété que les deux (apostats) ont gagné le territoire ennemi, quand la femme se reconvertit à l'Islam et rentre avec l'enfant mineur sur le territoire islamique- ou qu'elle soit enceinte et doive donner naissance à un bébé avant six mois, puis que le cas soit porté devant le juge musulman, alors le juge musulman donnera les biens laissés par l'apostat (sur le territoire islamique lors de sa fuite) seulement à ses proches parents musulmans, et ne donnera rien ni à femme ni à ces deux enfants mineurs (=celui qu'elle ramène du territoire ennemi et l'autre né depuis le retour).

1836 **comm.** * Car on prend en considération le moment où l'(apostat) a gagné le territoire ennemi. Or à ce moment-là, la femme était aussi une apostate, de même que l'enfant qu'elle portait alors en son ventre, eu égard au fait que ce bébé la suit. Quand à l'enfant mineur, à qui les deux (époux) ont fait gagner le territoire ennemi, il a lui aussi le statut d'un apostat. Voilà pourquoi aucun de ceux-ci (la femme et ses deux enfants mineurs) n'hériteront quoi que ce soit de ce que le (chef de la famille) a acquis quand il était encore musulman.

• 3841. A supposer que l'apostat gagne le territoire ennemi, mais que sa femme, enceinte, reste dans notre territoire en tant que Musulmane, si elle donne naissance à un bébé moins de deux ans [(1)] après l'apostasie (et la fuite) du père, la généalogie du bébé sera établie en fonction de cet homme, et il fera partie des hériters légaux.

comm. Car le mariage est coupé entre les deux époux à cause de l'apostasie en question. Cette coupure est comme celle qui aurait lieu pour cause de divorce définitif. Or dans un tel cas, la gestation (de la femme enceinte) est considérée

(1) Selon les juristes musulmans, la gestation maximale est de deux ans, la minimale étant de six mois.

comme remontant au temps le plus reculé (1) possible. Voilà pourquoi la généalogie de ce bébé sera établie en fonction du (père apostat en fuite), donc il fera parti de ses héritiers.

• 3842. Si, dans la même cas la femme apostasie (aussitot) après l'apostasie de son mari, et que le reste des circonstances soit le même (c.-à-d. elle reste sur le territoire islamique), alors la généalogie de l'enfant à qui elle aura donné naissance avant deux ans sera établie (en fonction du mari apostat en fuite), et cet enfant héritera de son (père, dans le biens laissés sous la juridiction islamique), mais non pas la femme.

comm. Car elle a apostasié avant que le (mari) ait gagné le territoire ennemi, (2) et cette fuite a eu lieu au moment où elle-même avait déjà apostasié. Voilà pourquoi elle n'héritera pas de lui (quant aux biens laissés sur le territoire islamique). Quant à l'enfant (qui naîtra par la suite), on statuera qu'il est Musulman, par suite du territoire (où il se trouve) après l'apostasie de ses père et mère.(3) Voila pourquoi il héritera de son (père).

• 3843. A supposer qu'elle ait apostasié après que son mari a gagné le territoire ennemi, elle aussi héritera de lui.

comm. Car l'apostasie de la femme, après la fuite du mari, est comme sa mort à elle. Or la mort ne fait pas tomber pour elle le droit qu'elle a d'hériter de lui.(4)

• 3844. (Chaibânî) poursuit: Si un Musulman épouse une Chrétienne puis apostasie, -et que le divorce défintif s'ensuive- et si la femme donne naissance à un enfant avant deux ans à partir du mement de l'appostasie, la généalogie sera établie en fonction de cet homme, (5) et l'enfant héritera de lui, à l'exclusion de la mère;-

comm. * (Quant à la généalogie), le divorce définitif avait lieu à partir de 1837
l'apostasie de l'homme, on fera remonter la gestation à l'époque la plus reculée (=la gestation maximale). Il est évident que l'(enfant en gestation) était considéré comme Musulman avant l'apostasie de son père; on statuera donc que l'(enfant) aussi est Musulman tant qu'il séjourne sur le territoire islamique;-

suite: (La raison de l'exclusion de la femme est qu')elle est une Chrétienne.

---

(1) Il veut dire le temps le plus long de gestation, en le comptant à partir de l'apostasie du mari. Une Musulmane ne doit pas continuer les rapports conjugaux avec un mari apostat. Ne tenant pas compte du fait réel de la vie familiale, la loi fait la femme bénéficier du doute, pour sauvegarder sa réputation de femme chaste. Tout cela en l'absence de la preuve du contraire.

(2) Dans le texte de Chaibânî, cité dans le paragraphe ci-dessus, cela n'est pas précisé, mais cela réapparaît dans le paragraphe suivant.

(3) C.-à-d. qu'il est l'enfant dont les père et mère musulmans sont de jure morts, donc l'enfant reste Musulman.

(4) Il veut dire, pensons-nous, que l'héritage du mari apostat et en fuite a lieu à partir de son apostasie. Or à ce moment-là sa femme était Musulmane; donc elle héritera de lui. Plus tard quand elle apostasie, ce sont ses héritiers musulmans à elle, et non ceux de son mari qui hériteront d'elle.

(5) A sous-entendre: Dans l'absence de toute preuve contraire, comme le remariage de la femme etc.

Donc elle n'hérite pas de lui (à cause de la différence de religions des deux époux, le mari lui donne par testament ce qui convient).

comm. Car, (pour cette femme non-musulmane), un apostat est comme un Musulman, en ce qui concerne l'héritage: (elle n'hérite ni de l'un ni de l'autre).

• 3845. A supposer que cet (apostat) ait une esclave chrétienne, et qu'il lui ait fait un enfant après avoir apostasié: si elle donne naissance à un enfant, celui-ci n'héritera pas du (père).

comm. La raison en est que l'(esclave) est une Chrétienne, et qu'elle est devenue enceinte quand le père (de son enfant) était devenu apostat. (comme aucun des père et mère de l'enfant n'est Musulman), on ne statuera pas que l'(enfant) est Musulman, jusqu'à ce qu'il atteigne la puberté et qu'alors il reconnaisse l'Islam. Et quant au (proche parent, -ici, l'enfant, -qui est) mécréant, il n'hérite rien d'un apostat.

• 3846. (Chaibânî) continue: Si les deux époux apostasient ensemble, puis que la femme donne naissance à un enfant avant six mois à partir du moment de l'apostasie, cet enfant fera partie des héritiers légaux de l'apostat (pour les biens se trouvant sur le territoire islamique, pourvu que l'enfant se trouve lui aussi sur le territoire islamique).

comm. Car (au moins de six mois), on a la certitude que la gestation a commencé avant l'apostasie des deux parents. Donc le statut du Musulman sera, pour cette raison, établi en faveur du bébé.

• 3847. Mais si elle lui donne naissance après six mois ou plus, l'enfant n'héritera pas (de ses parents apostats).

comm. Car ici, (apparemment,) la gestation a commencé après que les deux parents ont apostasié; donc on ne statuera pas que le bébé est Musulman. Cela au point que s'il meurt pendant l'enfance, on ne célébrera pas pour lui l'office funéraire islamique. A noter qu'ici on compte six mois, parce que le mariage existe entre ces deux époux (malgré l'apostasie). On compte, pour la gestation, le délai le plus prolongé, quand on en a besoin. Et il n'en a pas besoin quand le mariage continue d'exister entre les deux (époux).

1838 • 3848. * A supposer quec cet enfant mineur (musulman) meure en laissant quelques biens (reçus en don etc.), aucun de ses deux parents n'en hériteront.

comm. Car ce sont des apostats. Or les apostats n'héritent de personne.

• 3849. Mais l'héritage de cet enfant ira à ses frères musulmans (s'il en a).

comm. Car quand les père et mère n'héritent pas de leur (enfant mineur), c'est comme si tous deux étaient morts.

• 3850. A supposer que l'un des frères musulmans de cet (enfant mineur) meure, alors ni ses père et mère ni ce (frère) mineur n'hériteront de lui.

comm. Car on statuera que cet (enfant mineur) est lui aussi un apostat, si la mère lui a donné naissance après six mois à partir de l'apostasie de ses père et mère

à lui. Certes si elle a donné naisssance cet enfant avant six mois, il sera considéré comme un Musulman, et il héritera, en compagnie de ses autres frères musulmans, l'héritage du frère (musulman qui est décédé).

(Chaibânî) ajoute: Si les père et mère gagnent tous deux le territoire ennemi, puis que la mère donne naissance à un enfant moins de six mois après l'apostasie des deux (parents) puis que le petit meure en laissant quelques biens, si par la suite les habitants de la région embrassent l'Islam (c.-à -d. en se rattachant au territoire islamique), alors l'héritage de l'enfant ira à ses père et mère apostat, à l'exclusion de ses frères musulmans.

comm. Car cet enfant est (lors de sa mort) un ennemi en guerre.

Ne vois-tu pas que si la (mère) avait donné naissance à ce bébé sur le territoire islamique et si les père et mère avaient gagné (avec lui) le territoire ennemi, l'enfant serait, comme eux, un ennemi en guerre? Donc si elle donne naissance à l'enfant sur le territoire ennemi, l'enfant sera, à plus forte raison, un ennemi en guerre. Or les ennemi en guerre héritent les uns des autres, s'ils sont ressortissants du même territoire.

suite: De même si les deux parents acquièrent quelques biens sur le territoire ennemi pour mourir ensuite, puis que les habitants de la région embrassent l'Islam (pour se rattacher au territoire islamique), l'héritage de ces biens ira à l'enfant né sur le territoire ennemi, à l'exclusion de ses frères musulmans.

comm. Ne vois-tu pas que si (l'armée musulmane) avait capturé ces biens-là, ils feraient partie du butin? Or tout bien qui est susceptible d'être capturé comme butin n'est pas susceptible d'être hérité par les proches parents musulmans (du propriétaire non-musulman). Donc ces biens seront hérités par les ennemis en guerre, parmi les enfants et les parents du défunt, s'ils sont ressortissants du même pays. Mais si ces parents sont d'un autre pays, ils n'en hériteront pas, pour la raison que nous avons déjà évoquée, à savoir que la différence des territoires entre deux ennemis en guerre empêche entre eux l'héritage tout comme l'empêche la différence de leurs religions.

• 3851. Selon le même principe, si les habitants d'une région apostasient pour y faire prévaloir les lois de la mécréance, de sorte que cette région devienne un territoire de l'ennemi en guerre (pour les Musulmans), et si par la suite quelqu'un de ses habitants meurt en laissant beaucoup (1) de biens, l'héritage en ira seulement à ses proches parents qui ont la même situation que le (défunt).

comm. Car cet homme était un belligérant, vu qu'il n'y a pas de différence entre ce territoire, une fois qu'il est devenu territoire en guerre (avec les Musulmans) et un autre territoire qui dès l'origine était en guerre. Ne vois-tu pas que si l'on * capturait ces biens, ils feraient partie du butin? Voilà pourquoi ces biens 1839

(1) Il n'y pas de différence, que les biens soient peu ou prou. Il veut dire, les biens, même s'ils sont beaucoup, ne doivent pas revenir aux Musulmans dans le cas en discussion.

seront hérités par les ennemis en guerre, à l'exclusion des proches parents musulmans du (défunt non-musulman). Et Dieu sait mieux la vérité, et vers lui le retour et le revenir.

1840

* Chapitre (178)
DES ACTES DES APOSTATS: DES ACTES QUI RESTERONT EN SUSPENS ET DE CEUX QUI NE LE SERONT PAS

• 3852. Ainsi parle le cheikh (Chaibânî): Nous avons précisé dans le **Mabsût** (1) que les dispositions prises par un apostat sont de quatre catégories: I° Il y en a qui sont exécutoires, tout le monde en est d'accord, comme de choisir une esclave pour lui faire un enfant. II° D'autres qui, de l'accord unaime des juristes, sont nulles et non avenues, comme le mariage. III° D'autres qui, selon l'avis de tous restent en suspens, par exemple le contrat pour créer une association en compagnie d'un autre homme (**mufâwada**). IV° D'autres enfin pour lesquelles les avis (des maîtres-juristes) divergent, comme pour la vente, le don, l'émancipation:

Selon la déduction faite sur le principe énoncé par Abû Hanîfa, on peut dire que ce genre de disposition restera en suspens, étant donné que la situation de l'apostat est elle-même en suspens (reconversion à l'Islam ou punition pour crime d'apostasie). Et selon l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî, une telle disposition est exécutoire, mais avec cette distinction: Selon Abû Yûsuf, elle sera executoire comme on exécute les (dispositions) prises par quelqu'un de sain de corps et d'esprit (**sahîh**); mais selon Chaibânî, elle sera exécutoire comme si elle émanait d'un homme sur le lit de mort (dont la capacité est restreinte). Cela au point que si cet homme fait des dons,(2) ils ne doivent pas dépasser le tiers de la totalité de ses biens (comme c'est nécessaire lors du legs part testament); et cet homme ne pourra pas faire des aveux (=de dette etc.) en faveur d'un de ses héritiers, comme ne peut pas en faire un homme sur le lit de mort.

comm. Ne vois-tu pas que l'épouse de cet homme (apostat) hérite de lui, s'il meurt, comme s'il était seulement en fuite et qu'elle ne fît qu'observer le délai légal? Or donner l'héritage, sur une présomption de fuite (disparition sans laisser de traces) n'a lieu (ici) qu'à propos d'un homme (non pas en fuite mais seulement) sur le lit de mort.

suite: Quant à l'apostate, on exécute les dispositions qu'elle prend concernant ses biens, de l'avis unanime de tous les juristes, au même titre qu'on exécute les dispositions émanant de quelqu'une de sain de corps et d'esprit.

1641 **comm.** * Car la vie de cette femme n'est pas en suspens à cause de son

(1) Il s'agit sans doute du **Mabsût** de Chaibânî, car dans le **Mabsût** de Sarakhsî nous n'avons pas trouvé cette discussion.

(2) A lire ainsi: [illegible] comme dans le MS de Paris, l'éd. portant: [illegible]

apostasie, vu qu'on ne punit pas de mort une apostate, tout comme on ne tue pas (normalement) une femme belligérante.

• 3853. Certes si quelqu'un la met à mort, il ne sera pas tenu pour responsable de dédommager en quoi que ce soit, peu importe si l'(apostate) est femme de statut libre ou une esclave.

comm. Car l'(apostate) est, en cela, comme une belligérante. On sait que si une (belligérante) mène des combats contre les Musulmans, on peut la tuer.

• 3854. Si un apostat gagne le territoire ennemi et qu'avant que le juge musulman ait décrété qu'il a gagné le territoire ennemi, il émancipe ceux de ses esclaves qui se trouvent sur le territoire islamique- ou s'il les vend à un Musulman qu'il rencontre sur le territoire ennemi- puis qu'il se repente et rentre (sur le territoire islamique) avant que le juge musulman ait décrété le partage de ses biens entre ses héritiers, alors tous ses biens lui seront rendus, et toutes les dispositions qu'il a prises (pour émanciper les esclaves etc.) seront nulles et non avenues.

comm. Car par le fait qu'il a gagné le territoire ennemi, son titre de propriété s'est évanoui, mais ses biens restent en suspens jusqu'à ce que le juge musulman décrète qu'ils entrent dans le titre de propriété de ses héritiers. Donc les dispositions qu'il prend après avoir gagné le territoire ennemi concernent des biens qui ne sont pas propriété à lui. Voilà pourquoi ses dispositions ne sont pas exécutées, même si, par la suite, ces biens réintègrent sont titre de propriété. Cela ressemble au cas où quelqu'un vend quelque chose avec droit de choix pour l'acheteur (pour annuler l'achat): si le vendeur prend quelque disposition concernant cette marchandise (pendant la durée du choix de l'acheteur), puis que la marchandise revienne en son titre par la riscision de la vente de la part de l'acheteur, la disposition prise par le vendeur ne sera pas exécutoire.

• 3855. Si un apostat qui a gagné le territoire ennemi fait un aveu, au sujet d'un esclave qu'il a laissé sur le territoire islamique, disant qu'il s'agissait d'un homme de statut libre-ou qu'il s'agissait de l'esclave de quelqu'un d'autre qu'il aurait usurpé -cet aveu est exécutoire si l'apostat rentre (par la suite) en tant que Musulman.

comm. Car il ne s'agit pas, de sa part, d'une nouvelle disposition qu'il aurait prise **ab initio**, mais d'un aveu. Or un aveu lie celui qui avoue et il en est tenu pour responsable, et il est égal que son aveu concerne une chose qu'il a en son titre de propriété ou une chose qui n'est pas encore sa propriété, pourvu qu'il en obtienne par la suite le titre de propriété.

Ne vois-tu pas ceci? Si quelqu'un avoue, au sujet de l'esclave d'un autre, que
c'est un homme libre-ou que c'est l'esclave d'un tiers-puis * qu'il achète, après cet 1842
aveu, ce même esclave auprès de celui qui l'a en sa main possédante, *cet aveu sera
exécutoire [1] et l'on fera comme s'il avait renouvelé l'aveu après l'achat. Il en sera
donc de même ici.

---

(1) Le passage *_* manque à l'éd., suppléé d'après le MS de Paris

• 3856. A supposer que cet apostat ne se repente [1] pas, jusqu'à ce que le juge musulman ait décrété que cet homme a en effet gagné le territoire ennemi, et qu'il ait donné l'ordre de partager ses biens entre ses héritiers, et si par la suite cet (apostat) se repent pour rentrer (sur le territoire islamique), alors on lui rendra ceux de ses biens qui se trouvent tels quels en la main de ses héritiers. En outre si un des héritiers vend l'esclave en faveur duquel l'apostat a avoué que c'était un homme libre, cette vente sera quand même exécutoire, vu que l'héritier vend sa propre propriété. Toutefois si cet esclave redevenait propriété de cet (ex-) apostat pour une cause quelconque, son ancien aveu au sujet de cet (esclave) sera exécutoire, [2] et l'on considérera l'(apostat) a renouvelé son aveu. De même, si le juge musulman décrète que cet homme a effectivement gagné le territoire ennemi et donne l'ordre de répartir ses biens (entre ses héritiers), mais que le partage n'ait pas encore eu lieu quand l'(apostat) rentre en tant que Musulman: s'il émancipe un de ses esclaves (de son ancienne propriété) avant que le juge musulman ait décrété de lui restituer ses biens, cette émancipation sera nulle.

comm. Car dès que le juge décrète que l'homme a gagné le territoire ennemi, ses biens reviennent à ses héritiers. Donc les mêmes biens ne réintègrent son titre de propriété que par une décision du tribunal à cet effet. Ne vois-tu pas ceci? Si l'héritier que a obtenu l'esclave en question l'émancipait, même après le retour de l'apostat mais avant que le juge ait décrété de lui restituer ses biens, cette émancipation serait exécutoire, et il ne serait nullement responsable d'en dédommager l'(ex-) apostat. Ce serait exactement comme s'il avait émancipé avant le retour de l'apostat (reconverti en Musulman). Nous apprenons ainsi que l'esclave continue de rester dans le titre de propriété de l'héritier. On peut également tirer argument en faveur de ce même statut- à savoir que, dans ces circonstances, l'émancipation de la part de l'apostat n'est pas exécutoire en cet esclave-du fait que si cet esclave peut être émancipé complètement par l'émancipation de la part de l'héritier, il n'est pas permis (possible) qu'il soit émancipable également par l'apostat au même moment. La raison en est que l'émancipation exige que (l'émancipateur) ait réellement le titre de propriété, et il n'est pas possible (**litt.** permis) que le même esclave soit au même instant propriété complète d'A comme la propriété complète de B.

1843 • 3857. * Si l'héritier émancipe avant que le juge musulman ait décrété que l'(apostat) a effectivement gagné le territoire ennemi, et que ce décret du juge ait lieu par la suite, l'émancipation de la part de l'héritier ne sera pas exécutoire.

comm. Car son (acte d'émancipation) a précédé son titre de propriété (sur l'esclave affranchi).

suite: Il en sera de même si cet apostat l'émancipe à son retour (du territoire

---

(1) A lire يتب , l'éd. portant: يثبت

(2) A lire: ينفذ , comme dans le MS de *Paris*, l'éd. portant: يعد

ennemi en tant que Musulman) mais avant que le décret du juge lui ait restitué (ses biens): nous disons que son acte d'émancipation ne sera pas exécutoire.

comm. Car son (acte d'émancipation) a précédé son titre. (1)

suite: Si un apostat, qui a gagné le territoire ennemi, envoie un délégué pour vendre son esclave qui se trouve sur le territoire islamique- ou même pour l'affranchir-et si le délégué le fait, puis que le cas soit porté devant le juge musulman, celui-ci annulera ce que le délégué aura fait, et décrétera que cet (esclave) fasse partie de l'héritage pour les héritiers de l'apostat. Car, après avoir gagné le territoire ennemi, il n'a pas la faculté de prendre **ab initio** une telle disposition. Il n'a pas la faculté non plus d'en charger un délégué.

comm. Une autre raison en est que le délégué remplace le principal (délégant) pour prendre quelque disposition. Or dans le cas présent, si l'(apostat) prenait lui-même cette disposition, elle serait nulle, et il sera égal que le juge ait décrété que cet homme a effectivement gagné le territoire ennemi, ou que cet (apostat) soit rentré en tant que Musulman avant le décret du juge. Donc si son délégué s'occupe de la même chose, elle sera nulle; et il sera égal que le juge musulman ait décrété que l'homme a effectivement gagné le territoire ennemi, ou qu'il soit rentré en tant que Musulman avant le décret du juge.

• 3858. Si un homme délègue quelqu'un sur le territoire islamique à cette même charge avant d'apostasier- ou même après avoir apostasié mais avant de gagner le territoire ennemi- et que le reste des circontances soit le même: si le juge musulman décrète que * cet homme a effectivement gagné le territoire ennemi, ce 1844
décret fera de cet esclave-là un héritage pour les héritiers de l'(apostat), et si le juge n'a pas encore décrété sa fuite quand cet homme rentre en tant que Musulman, tout ce qu'a fait son délégué sera valide.

comm. C'est ce que dit (Chaibânî) dans le présent livre, mais dans son (livre **al-Aṣl,**) chapitre **wakâla,** il avait dit ceci: "La délégation s'annule quand le délégant apostasie et gagne le territoire ennemi, car c'est comme s'il était décédé. or la mort du délégant annule la délégation. Unu autre raison en est que quand il gagne le territoire ennemi, il se met dans une situation où il ne lui est pas loisible d'instituer une délégation pour une telle disposition (à savoir pour affranchir son esclave qui se trouve sur le territoire islamique, etc.) Donc le délégué (nommé avant l'apostasie) ne restera pas non plus en fonction. "-Mais l'explication de ce que Chaibânî dit dans le présent ouvrage est que, s'il gagne le territoire ennemi, cela ne fait que lui faire perdre son titre sur son esclave; quand à la délégation, si elle est validement constituée, elle n'est pas annulée par la perte du titre de propriété.

Ne vois-tu pas que si un homme charge son délégué d'émanciper son esclave- ou de le vendre- puis qu'il fasse don de ce même esclave à quelqu'un tout en le lui livrant en possession: s'il annule le don pour reprendre l'esclave, le délégué restera

(1) Ainsi: ملكه dans le MS de Paris, l'éd. portant: عتقه (=son émancipation).

en fonction? Il en est donc de même ici, et nous dirons que la délégation ne s'annule pas, même si le titre de propriété du (délégant sur cet esclave) s'évanouit du fait qu'il a gagné le territoire ennemi.

Car l'évanouissement de ce titre est provisoire, et le titre lui revient s'il rentre en tant que Musulman, pourvu que le juge musulman n'ait pas formellement décrété que cet homme a gagné le territoire ennemi. Et quand le juge en a ainsi décrété, l'esclave entre dans le titre de propriété de l'héritier de l'apostat. Dans ce cas-ci, la disposition prise par le délégué (de l'apostat) reste en suspens parce que le titre de (son délégant, l'apostat) est aussi en suspens.

• 3859. Si (outre qu'il constate que l'homme a gagné le territoire ennemi) le juge musulman décrète que ses biens soient hérités par ses héritiers légaux, l'évanouissement du titre de l'(apostat sur ses biens) s'accomplit; et dans ce cas il est manifeste que la disposition prise par le délégué (de l'apostat) ne vise pas la propriété de son délégant. Voilà pourquoi cette disposition sera nulle. Mais à supposer que l'(apostat) rentre (en tant que Musulman) avant que le juge musulman ait décrété (sa fuite), le titre (de l'apostat) se réinstalle dans ses biens; donc la disposition prise par le délégué reste exécutoire.

1845 * Ce sera le contraire si le délégant (apostat) prend lui même une telle disposition après avoir gagné le territoire ennemi. Car dans ce cas sa disposition ne s'exécute pas, eu égard à la différence de territoires qu'il y a, aussi bien **de facto** que **de jure,** entre celui qui prend la disposition et l'objet de cette disposition. Mais un tel état de choses n'existe pas si la disposition est prise par le délégué qui se trouve, avec l'esclave en question, sur le territoire islamique.

Si le juge musulman a décrété que cet (esclave) revienne à l'héritier (de l'apostat), et si par la suite l'apostat rentre en tant que Musulman, cependant que l'esclave est tel quel en la main de l'héritier, et si le juge le rend à l'(ex-apostat), il faut distinguer: Si le délégué a émancipé cet (esclave) ou l'a rendu **mudabbar** (libérable automatiquement à la mort de son maître), cette disposition sera exécutoire; Mais s'il l'a vendu, ou remts en don (à quelqu'un) ou l'a rendu **mukâtab** (libérable contre paiement de sa valeur à son maître), rien de tout cela ne sera exécutoire.

comm. Car cet (esclave) a réintégré le titre originel de propriété de cet (ex-apostat); or l'émancipation et l'octroi de la qualité de **mudabbar** constituent une chose qui s'exécute en vue de son titre de propriété.

Ne vois-tu pas que si cet (apostat) rentrait avant le décret du juge musulman statuant qu'il a gagné le territoire ennemi, l'émancipation et la qualité **mudabbar** octroyées (à l'esclave) seraient quand même exécutoires? Donc ce qui [1] a valide l'émancipation et la qualité de **mudabbar** n'est pas chose susceptible de rescision

(1) Ainsi: فيا dans le MS de Paris, l'éd. portant: فيما

ultérieure; et le décret du juge remettant (l'esclave) à l'héritier n'annule pas, par la suite, cette disposition déjà prise.

Au contraire du cas de la vente, ou du don, ou de l'octroi de la qualité de **mukâtab:** étant donné que ces choses sont susceptibles d'être annulées, le décret du juge musulman octroyant à l'héritier le titre de propriété sur l'(esclave) annule ces dispositions. Car il s'agit de choses qui une fois annulées ne reviennent pas, sauf sur renouvellement.

Il en est ainsi parce que par l'émancipation ou l'octroi de la qualité de **mudabbar,** le (maître de l'esclave) obtient le droit de **wilâ'** (liens d'affranchisseur, et hérite de l'affranchi si celui-ci meurt sans laisser de proches parents). Donc ces qualités mettent fin pour ainsi dire au titre de propriété (sur l'esclave) sans pour autant l'annuler. Donc si par le décret du juge, le titre de l'(apostat sur l'esclave), qui existe tel quel, revient après que l'(apostat) est rentré en tant que Musulman, la chose qui met fin à son titre revient aussi. Au contraire, la vente et le dont sont choses qui coupent le titre de propriété; donc si le titre revient par décret du juge, cela n'implique pas que revienne aussi la chose qui coupe le titre une fois que le (précédent) décret du juge l'a annulée quand il a remis l'(esclave) à l'héritier (de l'apostat).

• 3860. Si l'héritier (de l'apostat) fait sortir l'(esclave) de son titre de propriété, après que le juge musulman le lui a donné par décret, puis que l'apostat rentre en se reconvertissant à l'Islam et qu'il achète cet esclave à celui en la main de qui il se trouve, alors s'éxécutéra (automatiquement) l'émancipation ou la qualité de **mudabbar** que le délégué (de l'apostat) a octroyée à cet (esclave) après que l'homme avait gagné le territoire ennemi. Il est difficile d'expliquer cela. * Car ici 1846
l'(ex-apostat) ne récupère pas son ancienne propriété qui avait reçu la qualité de **mudabbar** ou bénéficié de l'émancipation. Au contraire c'est une nouvelle propriété qu'il acquiert moyennant une cause qu'il a **ab initio** créée (c.-à-d. l'achat). Il faut donc que l'émancipation ou la qualité de **mudabbar** octroyée par le délégué) ne s'exécute pas sur l'(esclave) Mais (Chaibânî) dit ceci:

La raison en est que, bien que ce soit, d'un point de vue, une nouvelle propriété, c'est d'un autre point de vue, comme l'ancienne propriété, étant donné que ce que cet homme paie (au vendeur), considéré comme la rançon de cette propriété. Cela au même titre que il rachète son esclave, fait prisonnier de guerre, à celui qui l'a acheté auprès des ennemis: on considère que le maître d'origine le réintègre en son titre de propriété d'origine, et ce qu'il paie est considéré comme la rançon. De ce point de vue ce cas (de l'achat à celui auquel l'héritier a vendu cet esclave), et l'autre cas, où l'esclave existe tel quel en la main de l'héritier (de l'ex-apostat) et où le juge musulman le fait rendre à l'(ex-apostat) seront égaux.

comm. Une autre raison en est que le droit (que l'esclave obtient pour sa libération) s'établit par l'acte d'émancipation ou par l'acte d'octroi de la qualité de **mudabbar.** Ce sont choses qui ne sont pas susceptibles de rescision; donc elles réapparaissent quand réapparaît le titre du (maître d'origine) dans l'objet de ces

(dispositions, c.-à-d. dans l'esclave). C'est ainsi parce que le droit (de l'esclave à la libération) subsiste. Cela à l'instar du cas où quelqu'un avoue la qualité d'homme libre de l'esclave d'un autre homme, et où, par la suite, il achète ce même esclave, (celui-ci deviendra homme libre). Cela ressemble à ce qu'Abû Hanîfa a dit à propos du cas où l'apostat émancipe lui-même son esclave-ou lui octroie la qualité de **mudabbar** puis gagne le territoire ennemi: si le juge musulman décrète que cet (apostat) a effectivement gagné le territoire ennemi, et s'il décrète aussi que cet (esclave) revienne à l'héritier (de l'apostat) comme héritage; si par la suite l'apostat rentre en tant que Musulman, et que cet esclave lui revienne d'une façon quelconque- ou bien de la main de l'héritier directement, parce que le (juge) le lui rend, ou bien de la main de l'acheteur de cet esclave par un nouvel achat-dans tous les cas l'émancipation ou la qualité de **mudabbar** (octroyée par le maître d'origine pendant son apostasie) sera excutoire. Il en sera donc de même ici.

• 3861. De même, si l'héritier conclut, avec l'esclave de l'apostat, un pacte pour sa libération contre paiement par lui de sa valeur (comme **mukâtab**), et cela après que le juge musulman a constaté par décret que l'apostat a effectivement gagné le territoire ennemi, et si, par la suite, l'apostat rentre en tant que Musulman, alors cet esclave lui sera rendu mais en tant que **mukâtab**, en instance de libération.

On fera comme si l'héritier avait conclu ce pacte (avec l'esclave) sur le demande de cet (apostat); et donc l'esclave sera un esclave- **mukâtab** pour le (maître) qui est rentré en tant que Musulman, et l'esclave lui reviendra, de sorte qu'on fera, **de jure,** comme si l'esclave n'avait jamais échappé à son titre de propriété.

1847 • 3862. * (Chaibânî) poursuit: Si l'apostat gagne le territoire ennemi, puis qu'il nomme un Musulman comme son délégué pour aller chez les esclaves qu'il a laissés sur le territoire islamique, afin de les affranchir tout de suite ou de leur promettre la libération automatique après la mort du maître (comme **mudabbar**), et que le délégué n'en ait encore rien fait quand l'apostat rentre en tant que Musulman: si le délégué le fait après coup, ce sera nul et non avenu.

comm. Car ici la délégation elle-même est nulle, de la part de l'(apostat), car il a nommé cet homme comme délégué à un moment où lui -même n'avait plus la faculté de prendre cet disposition (sur ses esclaves) Et une fois que la nullité de la délégation est établie (**litt.** déterminée), celle-ci ne deviendra jamais correcte (= valide).

• 3863. A supposer qu'il l'ait nommé son délégué sur le territoire islamique, avant l'apostasie ou après, peu importe, et que le reste des circonstances soit le même, la disposition prise par le délégué à propos des (esclaves) sera exécutoire.

comm. Car ici la délégation elle-même est correcte, et ne s'annule pas si le (délégant) gagne le territoire ennemi. Donc s'il rentre en tant que Musulman, avant que le juge musulman ait décrété (sa fuite), ce sera comme s'il n'avait point gagné le territoire ennemi.

• 3864. A supposer que le juge musulman ait décrété que l'homme a effectivement gagné le territoire ennemi, et qu'il ait donné l'ordre de partager l'héritage de l'(apostat entre ses héritiers musulmans): par la suite si l'apostat rentre en tant que Musulman, alors toute disposition que le délégué aura prise à propos des esclaves (de l'apostat) et avant que le juge musulman ait décrété de les rendre à l' (ex-) apostat, sera nulle, mais les dispositions qu'il aura prises après que le juge a décrété de les rendre à l'(ex-) apostat, seront exécutoires. La raison en est que la délégation, une fois valide, n'est pas annulée par l'évanouissement du titre de propriété (mais reste en suspens), et le titre ne revient à l'(ex-apostat) que par le décret du juge lui rendant (ses biens): donc si la disposition est prise par le délégué avant un tel décret du juge, elle ne sera pas exécutoire.

comm. Car elle ne coincide pas avec l'objet visé (c.-à-d. que les esclaves ne sont plus les biens de cet ex-apostat, mais de ses héritiers, donc le délégué n'a rien à faire avec des biens qui n'appartiennent pas à son délégant).

* Ne vois-tu pas que même si cet (ex-apostat) prenait cette disposition 1848
lui-même, (avant le décret judiciaire pour la restitution de ses biens), elle ne serait pas exécutoire?

Mais si le (délégué) prend cette disposition après que le juge a décrété de restituer à l'ex-apostat ses biens), la disposition du (délégué) concerne une chose sur laquelle elle peut s'exercer. Elle sera donc exécutoire.

Cela ressemble au cas où quelqu'un nomme un délégué pour vendre un esclave ou pour l'affranchir: si le délégant vende lui-même cet (esclave) et que l'acheteur le lui rende- parce qu'il avait stipulé la condition de le rendre à son gré, ou de le faire après avoir vu la marchandise, ou même à cause d'un défaut dans la marchandise, et peu importe que ce soit avant d'en avoir obtenu possession ou après et par décision du juge du tribunal- si par la suite le délégué prend sur cet (esclave) une disposition, elle sera exécutoire, car la délégation subsiste même après l'évanouissement du titre de propriété (sur l'objet de la délégation), puisque l'esclave est revenu au délégant dans son ancien titre de propriété.

suite: Et ce sera le contraire si l'(esclave) revient à cet homme par un nouvel achat ultérieur (c.-à-d. après qu'il l'a définitivement vendu lui-même), étant donné qu'il s'agira alors d'un titre de propriété qui sera neuf à tous points de vue.

comm. Il en est ainsi parce que le (délégant) a nommé cet homme comme délégué pour prendre certaine disposition à propos d'une propriété qui existait à ce moment (dans son titre de propriété). Donc le délégué ne peut pas prendre des dispositions sur une propriété que le (délégant) acquiert par la suite.

• 3865. En effet si le délégué prend sa disposition à propos de cet esclave après que le (maître qui délègue) l'a vendu mais avant que l'acheteur lui ait rendu cet (esclave) selon le droit de choix qu'il s'était réservé, la disposition (prise par le délégué) ne sera pas exécutoire.

comm. Car il s'agit d'une disposition concernant une chose qui n'est plus dans le titre de propriété du délégant (vendeur).

Ne vois-tu pas que si, à ce moment, l'acheteur affranchissait cet esclave, ce serait chose exécutoire? Comment peut donc s'exécuter l'affranchissement effectué
1849 par le délégué du vendeur à un moment où * s'exécuterait (1) l'affranchissement effectué par l'acheteur si celui-ci l'affranchissait?

• 3866. (Chaibânî) continue: Si un apostat nomme un délégué, alors que lui-même est encore sur le territoire islamique, pour affranchir l'(esclave lui appartennant), puis qu'il gagne le territoire ennemi, si par la suite le délégué affranchit cet (esclave) et que l'apostat rentre plus tard encore en tant que Musulman, alors tout ce que le délégué aura fait sera chose valide.

comm. Car le fait d'avoir gagné le territoire ennemi, quand il n'a pas encore été constaté (officiellement) par le juge musulman, a le même statut que la simple disparition. Or celle-ci n'empêche pas que la disposition prise par le délégué (du disparu) soit exécutoire, au contraire du cas où le délégant vend lui-même l'esclave (objet de la délégation). Car après la vente, l'esclave se trouve dans une situation où l'affranchissement de la part (du vendeur- délégant- n'est puls valable mais) seul de la part d'un autre que le délégant - vendeur, (comme par exemple l'acheteur) est exécutoire; donc l'affranchissement de la part du délégué de ce vendeur ne sera plus exécutoire à propos de ce (même esclave vendu). Au contraire dans le cas en discussion, si l'(apostat) a gagné le territoire ennemi sans que le juge musulman ait constaté ce fait par décret, alors l'esclave ne se trouve pas dans une situation où l'affranchissement de la part d'un autre (que le propriétaire apostat) s'exécute. En effet même si l'héritier légal (de l'apostat) l'affranchissait, l'(affranchissement) ne s'exécuterait pas, (étant donné que sans le décret du tribunal, l'héritier n'obtient pas le titre de propriété sur les biens laissés par l'apostat). Voilà pourquoi l'affranchissement effectué par le délégué de l'apostat s'exécutera dès que l'apostat rentrera reconverti à l'Islam. Mais c'est le cas contraire si (l'acte du délégué) a lieu après le décret du juge constant que l'(apostat) a gané le territoire ennemi. Car dans ce cas, l'(esclave) se trouve dans une situation où l'affranchissement effectué pour lui par l'héritier est exécutoire; donc, en ces circonstances, l'affranchissement de la part du délégué de l'apostat ne s'exécutera plus.

• 3867. (Chaibânî) dit: Si un Musulman- ou un apostat- sur le territoire islamique autorise son esclave à faire du commerce, et qu'en suite ce (maître) gagne le territoire ennemi en tant qu'apostat: si l'esclave prend des dispositions voulues, elles resteront en suspens. En effet si le juge musulman n'a pas encore constaté par décret le fait que l'homme a gagné le territoire ennemi, quand celui-ci rentre en tant que Musulman, alors les dispositions (prises par l'esclave) deviendront exécutoires, et l'esclave restera toujours autorisé à faire du commerce, comme auparavant. Au contraire, si le juge a décrété que l'homme a gagné le territoire ennemi, les

(2) A lire: ينفذ العتق من جهته selon le MS de Paris, l'éd. portant: بعد العتق من جهته

dispositions prises par l'esclave seront nulles, et il sera destitué de l'autorisation de mener un commerce.

comm. Car dès que l'homme gagne le territoire ennemi, son titre de propriété (sur ses biens) s'évanouit provisoirement. Or (pour un esclave) l'autorisation de mener un commerce dépend de ce que subsiste en lui le titre de propriété (de son maître autorisant). Donc si le titre s'évanouit provisoirement, l'autorisation donnée à l'esclave est également suspendue et, du fait qu'est suspendue l'autorisation du commerce, la disposition prise par cet esclave est suspendue aussi; et quand le (maître) rentre en tant que Musulman, avant que le juge ait décrété qu'il a gagné le territoire ennemi, le titre de propriété de cet (ex-apostat) se réinstalle comme aupravant et, par conséquent, les dispositions prises par la personne autorisée à mener le commerce s'exécutent et cette personne reste toujours autorisée à mener le commerce comme aupravant. Mais si le juge a décrété que l'homme a gagné le territoire ennemi, il décrète aussi que le titre de cet (apostat sur son esclave) s'évanouit; et alors, un interdit frappe toute disposition que prendrait cet esclave. Donc si l'homme rentre en tant que Musulman, et que l'esclave soit récupéré par lui comme sa propriété, l'esclave ne reste plus autorisé (à faire du commerce), sauf si le maître lui donne une nouvelle autorisation pour l'avenir. * La raison en est que 1850
l'(autorisation du commerce donnée à un esclave par son maître) est une chose qui est susceptible d'annulation; elle est donc annulé par le décret du juge qui constate que le (maître de l'esclave) a gagné le terriorie ennemi, et elle ne rentre en vigueur que si elle est renouvelée (par le maître). L'auteur (Chaibânî) a enchaîné cette digression parce qu'il avait d'abord parlé de la question du délégué.

• 3868. Comme ramification, il parle en outre du cas de deux commerçants associtės à titre de **mudâraba** (où l'un fournit le capital et l'autre gère le commerce): Si le gérant prend quelque disposition après que le bâilleur de fonds a gagné le territoire ennemi, et que ce dernier rentre en tant que Musulman avant que le juge musulman ait constaté par décret qu'il a gagné le territoire ennemi, alors la disposition prise sera exécutoire dans cette association commerciale, et il faudra partager les bénéfices entre les deux associés selon les stipulations initiales. Au contraire, si le juge a déjà décrété que l'homme a gagné le territoire ennemi, la disposition prise par l'autre associé ne s'exécutera pas pour le compte de l'association; et toute disposition qu'il prendra pour son propre compte, il en aura et les bénéfices et les pertes, cependant qu'il sera redevable de dédommager du capital (le successeur de l'apostat son associé). En outre si l'apostat rentre par la suite en tant que recconverti à l'Islam, le statut légal ne changera en rien (et ladite association commerciale ne sera pas automatiquement remise en vigueur).

comm. La raison en est que l'association de **mudâraba**, a été dissoute (litt. annulée) par le décret du juge qui constate que l'homme a gagné le territoire ennemi, comme nous l'avons mentionné.

• 3869. A supposer que le juge n'ait pas encore décrété que l'homme a gagné le territoire ennemi quand l'homme rentre en territoire islamique, tout en persistant

dans son apostasie, son statut sera comme s'il n'avait jamais gagné le territoire ennemi. On sait que si le gérant prend quelque disposition avant que l'autre associé ait gagné le territoire ennemi, cette disposition s'exécute pour le compte de touté l'association (**mudâraba**).

comm. Cela selon l'avis de Chaibânî; mais selon l'avis d'Abû Hanîfa, cette (disposition) restera en suspens. La base de leur divergence est celle-là même que nous venons de mentionner à propos des dispositions prises par l'apostat lui-même après son apostasie mais avant qu'il ait gagné le territoire ennemi.

• 3870. Mais si le juge a déjà décrété que l'homme a gagné le territoire ennemi, puis que l'homme rentre tout en restant apostat, alors il n'a rien à faire avec ses (anciens) biens.

comm. Car par le décret du juge, l'apostat est, de jure, un mort étant donné qu'il est un apostat. Or tant qu'il reste apostat, il reste mort, de jure, même s'il rentre sur notre territoire. En conséquence, ceux de ses biens qui sont allés à ses héritiers (successeurs) y restent. Donc l'apostat n'a rien à faire à ce propos.

Ne vois-tu pas qu'(après le décret du juge) s'il rentre même en tant que reconverti à l'Islam, ses biens restent acquis à ses héritiers jusqu'à ce que le juge décrète qu'on les lui restitue? Donc s'il rentre tout en restant apostat, il faut que ses biens restent, à plus forte raison, à ses héritiers. Dans ce cas (de sa persistance dans l'apostasie), le juge ne lui restituera pas ses biens, mais lui présentera l'Islam. Si l'apostat refuse de se reconvertir, il sera puni de mort.

A supposer que l'homme dise: "Rends-moi mes biens et, quant à l'Islam, donne-moi un délai pour que je réfléchisse à l'affaire", le juge lui donnera trois jours de réflexion, pas plus;-

Nous avons déjà mentionné cela (cf • 833) et cité à ce propos le récit sur (le calife) 'Umar qui dit: "Pourquoi ne l'avez-vous pas enfermé dans une maison pendant trois jours, lui donnant du pain et de l'eau chaque jour? Peut-être serait-il repenti";-

Mais il ne lui restituera pas ses biens tant qu'il ne se sera pas reconverti à l'Islam. (C'est ainsi) pour la raison que nous avons mentionnée, à savoir que par le décret du juge, l'(apostat) est, de jure, un mort; et il ne sera ressuscité, de jure, que par sa reconversion à l'Islam. Donc tant que cela n'a pas lieu, on ne lui restituera rien de ses biens. Donner un délai de réflexion est chose recommandée (**mustahabb**), mais pas indispensable (**lâzim**), au point que le juge musulman a la faculté de le punir de mort immédiatement, sans lui accorder aucun délai, si celui-ci refuse de se reconvertir à l'Islam, au contraire de ce que certains disent qu'il incombe au (juge) de lui accorder un délai. Nous l'avons déjà mentionné ci-dessus.

• 3871. Si une apostate gagne le territoire ennemi, puis que le juge décrète que son héritage aille à ses héritiers, si par la suite elle rentre sous sauf-conduit et réclame ses biens, on ne lui en restituera rien.

comm. Car elle est morte, **de jure,** à cause du décret du tribunal musulman: donc tant que n'apparaîtera pas en elle la cause qui fera qu'elle soit considérée, **de jure,** comme vivante, on ne lui restituera rien de ces biens-là.

• 3872. * A supposer qu'elle rentre, tout en restant apostate, avant que le juge 1851
musulman décrète qu'elle a gagné le territoire ennemi, il faut distinguer: si elle rentre sans sauf-conduit, on la prendra pour butin en faveur de la communauté des Musulmans;-

comm. Car en gagnant le territoire ennemi, elle devient une belligérante; et quand une belligérante entre dans notre territoire sans sauf-conduit, elle devient butin;-

suite: Et on partagera entre ses héritiers les biens qu'elle a laissés.

comm. Car, **de jure,** elle est morte, quand on a fait d'elle un butin.

suite: En effet la qualité d'esclave est une destruction (mort), et celle de personne libre est une vie,

comm. étant donné que par l'esclavage elle ne reste plus capable d'avoir le titre de propriété sur des biens. C'est de là que les biens vont à ses héritiers.

• 3873. Au contraire, si elle rentre sous sauf-conduit, elle pourra faire ce qu'elle veut de ses biens; cependant, on l'incarcérera et on la contraindra à se reconvertir à l'Islam.

comm. Car si elle rentre sous sauf-conduit avant que le juge musulman ait décrété (qu'elle a gagné le territoire ennemi), c'est comme si sa fuite n'avait jamais eu lieu; et l'on sait qu'avant d'avoir gagné le territoire ennemi, si l'apostate prenait quelque disposition concernant ses propres biens, c'était chose exécutoire. Donc ce sera de même si elle le fait après son retour. Toutefois il y a une différence: Dans le premier cas, on ne peut pas la réduire en esclavage, étant donné qu'elle est ressortissante du territoire islamique; et là, on ne peut réduire personne en esclavage; mais quand elle gagne le territoire ennemi, elle devient une belligérante, et nous avons donc dit qu'on la réduira en esclavage, si elle rentre chez nous sans sauf -conduit. Mais si elle rentre sous sauf-conduit, l'octroi du sauf-conduit empêche qu'on la réduise en esclavage; et en effet elle redevient ce qu'elle était avant de gagner le territoire ennemi.

• 3874. Si un Musulman dit à son esclave: Quand ce sera le jour de la fête des sacrifices, tu seras homme libre, -ou[1] s'il le (lui) a dit après avoir apostasié -et qu'ensuite il gagne le territoire ennemi: à supposer que le juge n'ait pas encore
décrété que les biens (de l'apostat) aillent à ses héritiers quand a lieu la fête des 1852
sacrifices, alors l'effet * de l'acte d'émancipation restera en suspens.

comm. Car un affranchissement de la part de quelqu'un ne s'exécute que quand cet homme conserve, au moment où se réalise la condition envisagée, son

(1) Ainsi "ou" dans le MS de Beyrouth, le texte éd. portant "et".

titre de propriété sur l'objet de cet affranchissement. Or nous avons déjà mentionné que l'evanouissement complet de son titre de propriété est en suspens, à cause de sa fuite en territoire ennemi; donc l'effet de son acte d'affranchissement reste aussi en suspens.

• 3875. A supposer que cet homme rentre en tant que Musulman avant que le juge musulman ait décrété que l'homme a effectivement gagné le territoire ennemi, l'affranchissement sera exécutoire. Au contraire si le juge a décrété avant l'aube(1) du jour de la fête des sacrifices que l'homme a gagné le territoire ennemi, puis qu'arrive le jour de la fête des sacrifices(..(2)) de sorte que l'esclave se toruve alors dans le titre de propriété de l'héritier de l'apostat, si ensuite l'apostat rentre en tant que reconverti à l'Islam, cet affranchissement (de la part du maître d'origine) ne sera pas exécutoire, même si le juge lui rend l'esclave.

comm. Car ce qui dépend d'une condition est, quand la condition se réalise, comme une chose accomplie. Or nous avons déjà mentionné que si l'affranchissement (de la part du maître) a lieu après que le juge a décrété que le (maître-apostat) a effectivement gagné le territoire ennemi, l'affranchissement sera nul, en tout cas. Il en sera de même ici.

• 3876. Si l'apostat rentre reconverti à l'Islam avant l'arrivée de fête des
1853 sacrifices, et que la fête ait lieu après (son retour), il faut distinguer: *Si la (fête) a lieu après que le juge a décrété que l'esclave lui soit rendu, l'affranchissement sera exécutoire de sa part;-

comm. Car faire dépendre (l'affranchissement d'une condition) était correct, et la condition a eu lieu au moment où l'esclave est (redevenu) sa propriété*(3));-

• 3877. Mais si l'(ex-apostat) rentre le jour de la fête des sacrifices avant que le juge ait décrété de rendre l'esclave à cet homme, l'esclave ne sera pas affranchi.

comm. Car la condition a eu lieu au moment où l'esclave n'était pas la propriété de ce (maître d'origine), étant donné que l'esclave ne lui revient que sur décret du juge. Voilà pourquoi l'affranchissement ne sera pa exécutoire.

• 3878. (Dans les mêmes circonstances), à supposer que le jour de la fête des sacrifices arrive après que l'homme a déjà gagné le territoire ennemi, mais toutefois avant que le juge ait constaté par décret (cette fuite), et si par la suite le juge décrète la remise de l'(esclave) à l'héritier de l'(apostat), c'est la disposition prise par cet héritier qui sera exécutoire.

comm. La raison en est celle que nous avons déjà évoquée, à savoir que l'évanouissement du titre de propriété prend effet par le décret du juge à partir du

---

(1) Ainsi dans l'ed., le MS de Beyrouth supprime le mot "aube".

(2) L'éd. porte ici un passage qui est répété encore une fois plus loin (voir la note suivante). Nous le supprimons, suivant les MSS de Paris et de Beyrouth.

(3) Le passage *_*, répété ici, est le même que nous avons supprimé cf. note précédente.

moment où l'homme a gagné le territoire ennemi. Or la condition (nécessaire pour l'affranchissement) a eu lieu après ce décret. Voilà pourquoi l'affranchissement (de la part de l'ex-maître) ne sera pas effectif; et comme l'esclave est la propriété de l'héritier, c'est la disposition prise par ce dernier qui sera exécutoire.

• 3879. Mais à supposer que l'héritier n'ait pris sur cet (esclave aucune disposition avant que l'apostat ne rentre reconverti à l'Islam, et que l'esclave lui soit rendu (par le juge), alors l'affranchissement (ancien et conditionnel) de la part du (maître d'origine) sera effectif.

comm. Car la condition a eu lieu au moment où son titre de propriété était en suspens -étant donné que l'évanouissement complet de son titre a lieu quand le juge le décrète (chose qui n'a pas eu lieu ici), -donc quand l'esclave lui revient, son droit à affranchir son propre esclave est chose rétablie. Or ici, l'esclave lui est revenu comme son ancienne propriété (et non un nouvel achat à un nouveau maître, de plein droit).

suite: Il en sera de même si son héritier a conclu un pacte avec cet esclave pour que celui-ci paie (comme **mukâtab**) sa valeur pour se faire libérer.

comm. Car l'esclave est revenu à son ancien maître, dans son titre de propriété d'origine, après ce pacte d'affranchissement contre paiement de la valeur par l'esclave, conclu avec l'héritier (de l'ancien maître, l'apostat). * Donc 1854
l'affranchissement (anciennement et conditionnelement accordé par le maître d'origine) sera effectif, et le devoir de l'esclave de payer sa valeur comme prix de sa libération tombera, eu egard au fait que c'est maintenant superflu (**litt.** il en est au large).

• 3880. Si quelqu'un dit à sa (jeune) esclave: : Quand ce sera le jour de la fête des sacrifices, tu sera femme libre; et que par la suite l'homme apostasie et gagne le territoire ennemi: si le juge décrète (le fait et rend cette esclave à l'héritier de l'apostat), que ce dernier affranchisse l'esclave, et qu'elle apostasie pour gagner elle aussi le territoire ennemi, si par la suite on la fait prisonnière de guerre, elle fera partie du butin, puis on la contraindra à se reconvertir à l'Islam, et sa condition sera comme celle d'une femme libre d'origine qui apostasie et gagne le territoire ennemi. Si (après avoir été réduite en esclavage) elle embrasse de nouveau l'Islam, puis que son maître d'origine rentre aussi, reconverti à l'Islam, et achète cette même esclave (à son nouveau propriétaire, au soldat conquérant), et qu'ensuite ait lieu la fête des sacrifices, alors que cette esclave est en le titre de propriété de cet homme, elle ne sera pas affranchie, au contraire des cas précédents.

comm. Car (ici) l'affranchissement est possible (1) pour le titre de propriété du (maître d'origine), mais ce titre est complètement annulé, de sorte que c'est l'affranchissement effectué par son héritier (=successeur) qui sera exécutoire. (Plus encore, si l'ex-apostat achète cette même esclave au soldat conquérant), c'est une

(1) Nous nous permettons de lire: متهيا l'éd. portant: منتهيا

propriété tout à fait nouvelle. Sur ce statut légal, l'opinion du (juriste) Zufar est bien connue. En effet, il se fonde sur le même principe que dans le cas suivant: Si quelqu'un dit à sa jeune esclave: "Si tu entres dans cette maison, tu seras femme libre", puis qu'(avant même qu'elle y entre), il l'affranchisse: si par la suite elle apostasie, gagne le territoire ennemi et est ensuite fait prisonnière de guerre (et réduite en esclavage), et si elle devient de nouveau l'esclave du même homme pour entrer plus tard dans la maison indiquée, elle ne sera pas affranchie, sauf selon l'avis de Zufar. Et tout pouvoir provient de Dieu.

1855 *** Chapitre (179)**

DES APOSTATS ET COMMENT IL FAUT LES TRAITER.

• 3881. Ainsi parle (Chaibânî): L'apostat sera mis à mort s'il ne se reconvertit pas à l'Islam, qu'il soit homme libre ou esclave, et cela à cause de cette parole du Prophète: "Quiconque quitte sa Religion (islamique), tuez-le". Cette parole comprend aussi bien les hommes libres que les esclaves. Le maître de l'esclave (apostat) a la faculté de le mettre à mort de sa propre main, s'il le veut. En effet Ibn 'Umar l'a fait, à propos d'un de ses esclaves, qui s'était converti au christianisme. Une autre raison de (cette punition) est que, par l'apostasie, l'homme devient comme un ennemi en guerre pour mériter la peine de mort. On sait que tout Musulman a la faculté de tuer tel ennemi en guerre qui ne jouit pas de sauf-conduit. Mais le préférable est qu'on porte le cas de l'(apostat) devant le chef de l'Etat pour que ce soit lui qui applique la peine de mort.

comm. Car cette (punition) est, en un sens, peine définie (**hadd**) d'un crime. Or appliquer des peines définies de crimes, cela appartient au chef de l'Etat musulman.

• 3882. Une apostate ne subira pas la peine de mort, qu'elle soit femme libre ou esclave; mais on l'incarcérera et la contraindra à se reconvertir à l'Islam, si elle est femme libre; et si c'est une esclave, et que ses propriétaires aient besoin de ses services, on la leur remettra pour qu'ils bénéficient de ses services et pour la contraindre (eux-mêmes) à se reconvertir à l'Islam.

comm. Car l'incarcérer, c'est le droit de Dieu, tandis que le droit de son
1856 propriétaire est * de la faire travailler pour lui. Or le droit de l'homme a priorité sur le droit de Dieu, qui est, (ici), l'incarcération.

• 3883. Si l'on demande à l'apostat de se repentir, et s'il le fait pour apostasier de nouveau par la suite, et qu'il le fasse ainsi plusieurs fois, on admettra son repentir à l'infini pour toujours. C'est là l'avis d'Ibrâhîm (an-Naha'î), tandis que 'Alî et 'Umar étaient d'avis qu'il faut demander le repentir jusqu'à trois fois, et si le (coupable) revient encore à son (apostasie), on le mettra à mort, étant donné les apparences de cette parole de Dieu (Q. 4/137): **"Oui, ceux qui ont cru puis mécru puis cru puis mécru puis qui n'ont fait que croître en mécréance, Dieu n'est point à leur pardonner ni à les guider vers un chemin"**. Car les apparences veulent que cet

homme se moque et ne se repent point sincèrement. Mais nous tirons argument de cette autre parole de Dieu (Q. 8/38): **"Dis à ceux qui mécroient que, s'ils cessent, on leur pardonnera ce qui est passé..."** En outre, son repentir après la troisième fois peut être reconnu, exactement de la même façon qu'on l'a reconnu la première fois, car il s'agit d'une chose qui est dans son coeur et qu'on ne peut pas savoir vraiment; et l'homme exprime par sa langue ce qui est dans son coeur. Ceux qui disent (que le repentir après la troisième fois n'est pas admissible) n'ont pas raison, car le verset de leur argument dit: **"...puis qui n'ont fait que croître en mécréance, Dieu n'est point à leur pardonner".** Or s'il se repent, il croît en croyance et non en mécréance. On rapporte l'avis d'Abû Yûsuf selon lequel on doit assassiner l'homme sans le prévenir et sans lui demander de se repentir, si l'apostasie se répète.

comm. Car les apparences veulent qu'il se moque. Or il est permis de se fonder sur les apparences quand il n'est pas possible de savoir la vérité.

• 3884. (Chaibânî) ajoute: L'épouse d'un apostat (sera automatiquement divorcée et elle) attendra le délai de trois menstrues (pour pouvoir se remarier), peu importe si l'homme a été ou non puni de mort après son apostasie. Exception faite de
l'avis de Sa'îd ibn al-Musaiyib, * qui dit: Si l'homme a été puni de mort, elle doit 1857
observer le délai de quatre mois et dix jours (comme c'est le cas non pas de la divorcée mais de la veuve dont le mari vient de mourir, cf. le Qur'ân 2/234). Mais cette opinion n'est pas solide **(qawî)**.

comm. Car la séparation a déjà eu lieu à cause de l'apostasie (du mari), et le statut légal de cette séparation ne change pas si (l'homme) est puni de mort après l'apostasie. Donc la femme n'a pas besoin non plus d'attendre l'autre délai (prescrit pour une veuve). Ce sera à l'instar de la femme dont le divorce était devenu définitif (**bâ'in**) alors que le mari était en bon état de santé (de corps et d'esprit), quand ensuite le mari meurt ou qu'il est tué: (la femme observera le délai de la divorcée, et non pas celui de la veuve).

• 3885. Si quelqu'un s'empare (illicitement) de quelques biens -ou fait injure à quelqu'un pour des rapports sexuels illicites (**qadhaf**) que ce soit avant d'avoir apostasié ou après, peu importe- puis qu'il se réfugie sur le territoire ennemi (en tant qu'apostat): si par la suite il rentre repenti, il sera tenu pour responsable de tout ce qu'il a fait. Au contraire du cas où il commet ces (crimes d'usurpation et d'injure) après s'être réfugié sur le territoire ennemi.

comm. Car en gagnant le territoire ennemi, il devient un ennemi en guerre. Or quand un ennemi en guerre commet quelque chose de ce genre, puis qu'il embrasse l'Islam, il n'en est pas tenu pour responsable. Dans le cas précédent, cet homme avait commis ce (crime) quand il était encore un ressortissant du territoire islamique et assujetti à ses lois; Voilà pourquoi la responsabilité (de son acte) le grevait, à cette exception près que l'application en devient impossible s'il se réfugie (sur le territoire ennemi), étant donné que la main (la juridiction) du chef de l'Etat musulman ne l'atteint pas. (La peine reste donc en suspens), puis quand sa main (sa juridiction) l'atteint, cet homme sera tenu pour responsable de tout ce qu'il a fait. Et Dieu sait mieux.

1858 * Chapitre (180)

DU MUSULMAN QUI APOSTASIE, OU DU SUJET NON-MUSULMAN DE L'ETAT ISLAMIQUE QUI ROMPT LE PACTE DE NATURALISATION

• 3886. (Chaibânî) dit ceci: Si les habitants d'une région apostasient, de sorte que leur territoire devienne territoire de l'ennemi en querre, si par la suite on les conquiert, on punira les hommes de mort et les femmes et les enfants de la réduction en esclavage, à l'instar de ce que (le calife) Abû Bakr fit avec les Banû Hanîfa (d'al-Yamâma) quand ils apostasièrent.

A supposer que de telles femmes disent, quand les Musulmans les capturent: "Nous n'avons jamais apostasié, et nous sommes restées Musulmanes gardant notre religion", alors on ajoutera foi à leur parole car elles se rattachent à leur origine (=au **statu quo ante**) qui est l'Islam. Donc on ne les réduira pas en esclavage. Leurs enfants mineurs ont le même statut qu'elles;-

comm. Car la mère est restée Musulmane; donc son enfant mineur la suite;-

suite: Exception faite du cas où se dresse un témoignage, par les témoins musulmans, pour dire qu'elles ont apostasié. Mais à ce propos on n'admettra pas le témoignage des Dhimmîs.

comm. Car les témoins affirment que cette femme a apostasié. Or un apostat est comme un Musulman en ce sens que le témoignage d'un Dhimmî n'est pas une preuve valide contre lui (l'apostat).

• 3887. Les Musulmans qui témoignent contre elles (attestant qu'elle ont apostasié) ont un intérêt dans le butin (dont elles feront partie éventuellement). Donc selon le raisonnement analogique, il faudrait qu'on n'admette pas leur témoignage; mais on l'admet par équité.

1859 **comm.** * Car la participation (à un tel butin) est une participation en commun (et non particulière à ces témoins déterminés). Un tel (intérêt) n'empêche pas l'admission du témoignage (de l'intéressé). D'autres exemples de ce genre on déjà été cités.

• 3888. Mais si elles disent: "Nous avions apostasié, certes, mais nous avons embrassé l'Islam (de nouveau) avant que vous nous ayez capturées", on n'admettra pas (seule) leur parole.

comm. Car elles affirment un Islam récent (et non un Islam originel). Donc on n'admettra pas leur parole à ce propos, sauf sur une preuve. Cela à l'instar des ennemis en guerre qui prétendent, après avoir été capturés, qu'ils avaient embrassé l'Islam avant la capture: on n'admettera pas leur parole à ce propos, (sauf sur preuve), et on les considérera comme s'ils avaient embrassé l'Islam à ce moment -là (après la capture). Il en sera de même des femmes apostates.

Sur le même (principe), si les Dhimmîs rompent le pacte de naturalisation, la réponse sera la même que celle concernant les apostats. Toutefois le témoignage des Dhimmîs contre les (hommes ou) femmes, pour attester que ces gens (**litt.** celles-ci) ont rompu le pacte de naturalisation, sera admis, (chose qui n'est pas admise à propos de l'apostat).

Car ce sont des Dhimmîyas (et non des Musulmanes). Et (Chaibânî) tire argument du récit suivant:

'Alqama Ibn "Ulâta avait apostasié au temps du (calife) Abû Bakr. Puis quand
on captura sa femme, * elle dit: "Même si 'Alqama a apostasié, moi, je n'ai point 1860
apostasié, car je n'ai pas mécru en Dieu. Alors (Abû Bakr) la laissa partir, et il laissa partir aussi son enfant.

Mais il faut noter qu'il en est ainsi quand on sait que ces femmes (des apostats, capturées par les Musulmans) étaient Musulmanes d'origine. Si on ne le sait pas (=si on sait qu'elles ne l'étaient pas), elles feront partie du butin, elles aussi bien que leurs enfants.

comm. Car on les a trouvées sur le territoire ennemi. Or quiconque se trouve sur le territoire ennemi est un ennemi en guerre, tant qu'on ne sait pas s'il est Musulman d'origine. Exception faite du cas où l'on discerne des traits de Musulmanes sur ces (captives). Car nous avons déjà mentionné (cf • 392) que c'est un principe de base en Islam de décider sur les traits. Donc s'il vient à l'esprit des Musulmans qu'elles disent la vérité (concernant leur Islam d'origine), il faut les relâcher, elles et leurs enfants (mineurs).

• 3889. S'il en est une qui porte un enfant dans ses bras et dont le mari a été tué- ou même qu'on ne sache pas si elle était mariée ou non -puis qu'elle dise: "C'est mon fils", on ajoutera foi à sa parole pour que l'enfant soit considéré comme Musulman; et celui-ci ne fera pas partie du butin;-

comm. Car il s'agit là d'une affaire religieuse, et dans une telle affaire on admet le témoignage même d'une seule personne, que le témoin soit un homme ou une femme;-

• 3890. Toutefois on n'établira pas l'héritage entre les deux (la femme et son enfant) sauf sur preuve (de parenté).

C'est là le **hamîl** [1] (l'enfant à généalogie portée) mentionné dans la lettre par laquelle 'Umar[2] donna au (juge) Churaih l'instruction de ne pas permettre l'héritage au **hamîl**, sauf sur production de preuve. Mais on considérera le (**hamîl**) comme Musulman, car il se trouve sous les mains (la puissance) d'une personne musulmane, et l'on décrétera son Islam à cause de l'Islam de cette personne (sa gardienne).

• 3891. Il en sera de même si elle dit: "C'est l'enfant d'une Musulmane qui me

(1) Cf plus haut, IV, 137.

(2) Ainsi "Umar" dans le texte, mais selon Ibn al-Athîr, Nihâya, s.v. h-m-l, il s'agit du calife Alî.

l'a confié". Mais si elle dit: "C'est l'enfant d'une femme de cette région qui me l'a confié, et qui est morte alors qu'elle était Musulmane et de statut libre (non esclave)", on ne lui ajoutera pas foi là-dessus (sans preuve, bien entendu).

comm. Car on ne sait pas si cette femme (morte) était Musulmane d'origine. Voilà pour quoi cette information de la part de la (nourrise) ne sera pas (preuve suffisante) de l'Islam et de la liberté de l'enfant; au contraire, il fera partie du butin, étant donné qu'on l'a trouvé sur le territoire de l'ennemi en guerre. En se fondant sur ce même principe que nous venons de mentionner, Chaibânî déduit d'autres règles que voici:

• 3892. Si quelqu'un qui se trouve sur le territoire islamique affirme qu'il est un Dhimmî, c'est sa parole qui prévaudra, et on ne le molestera pas. Mais celui qui se trouve sur le territoire en guerre, on n'ajoutera pas foi à une telle parole de sa part, sauf sur preuve.

comm. Car le territoire islamique est un territoire de paix. Donc les apparences veulent que quiconque s'y trouve soit en jouissance de paix. Par conséquent, on ajoutera foi à sa parole à cause du témoignage des apparences (circonstances) en sa faveur. Au contraire, le territoire de guerre est un territoire de capture et de réduction en esclavage. Donc quiconque s'y trouve fera partie du butin, sauf si la cause lui octroyant protection et immunité est établie sur preuve.

• 3893. Si les habitants du territoire rompent leur pacte (de naturalisation) pour combattre (les Musulmans), et si quelqu'un d'eux dit, après que les Musulmans les
1861 ont dominés et capturés: "Nous n'avons pas rompu notre pacte (de naturalisation) * quand les autres l'ont fait", il faut distinguer: Si l'on sait qu'il s'agit de gens qui étaient Dhimmîs d'origine avant cette violation du pacte, on ajoutera foi à leur parole.

comm. Car ce dont l'existence est connu est, en principe, considéré comme se perpétuant jusqu'à ce qu'on sache pour certain la chose qui le fait évanouir.

• 3894. Mais si un groupe de Musulmans -ou même de Dhimmîs- portent témoignage que ces (rebelles capturés) ont combattu les Musulmans, alors est établie sur preuve la cause qui rompt leur pacte (de naturalisation). Donc s'ils disent: "On nous y a contraints", on n'ajoutera pas foi à cela de leur part.

comm. Car ils prétendent quelque chose de latent, pour modifier par là le statut de ce qui est devenu patent sur la base d'une preuve. Donc on n'ajoutera pas foi à leur parole à ce propos, sauf s'ils produisent une preuve moyennant le témoignage de Musulmans.

• 3895. A supposer que ces (témoins) attestent que les (chefs des rebelles) ont dit (à ces individus en question): "Nous vous mettrons certes à mort à moins que vous combattiez en notre compagnie", ces (captifs) seront hommes libres: rien à faire contre eux.

comm. Car ce qui s'établit sur preuve est comme ce qui s'établit à vue d'oeil.

Donc leur combat (contre les Musulmans) ne sera plus l'indice de leur consentement à la violation du pacte (de naturalisation), même si ce qu'ils ont fait sous contrainte était pour eux une chose illicite.

• 3896. A supposer que ces (témoins) attestent que les (contraigants) ont dit cela aux (contraints) dans leur territoire (islamique) et non sur le territoire en guerre, et qu'il leur aurait été possible (par la suite) de déserter, sur le territoire en guerre, pour se rallier aux Musulmans, alors une telle attestation n'établit pas la contrainte (valide et atténuante).

comm. Car ces (témoins) attestent que la contrainte avait disparu.

• 3897. Si on ne sait pas si ces gens-là qui prétendent la (contrainte) sont des Dhimmîs d'origine, ils feront partie du butin, sauf s'ils établissent la preuve qu'ils sont des Dhimmîs d'origine.

comm. La raison en est qu'on les a trouvés sur le territoire en guerre.

• 3898. Si les Musulmans trouvent ces (gens prétendument contraints) dans les rangs des mécréants, ayant tiré l'épée, mais n'ayant combattu personne; et si ces (gens capturés) disent: "On nous y a contraints", on ajoutera foi à leur parole.

comm. Car ce qui a paru de leur comportement aux Musulmans ne constitue pas une violation du pacte (de naturalisation), étant donné que si un Musulman faisait quelque chose de pareil, cela ne constituerait pas, de sa part, une abjuration de la foi (**îmân**). De même donc si cela émane d'un **mu'âhad** (Dhimmî).

• 3899. Mais si un tel (rebelle capturé) dit: "J'ai certes violé le pacte de naturalisation en leur compagnie, mais j'en suis revenu", on n'ajoutera pas foi à sa parole, sauf sur preuve.

comm. Car il avoue avoir perdu sa qualité originelle de Dhimmî qu'il possédait, et il prétend l'avènement de quelque chose de nouveau, dont la cause de l'existence n'est pas connu (prouvée). Donc on n'admettra pas sa parole, sauf sur preuve.

• 3900. * Si les Musulmans trouvent un Chrétien s'occupant de commerce sur 1862
le territoire islamique, sans qu'on sache sa qualité (de citoyen ou d'étranger[1]), et que par la suite les (Musulmans) conquièrent une ville où ils retrouvent cet homme: s'il (leur) dit: "Je suis un Dhimmî, et les ennemis en guerre m'ont fait prisonnier" -ou s'il dit: "Je suis venu chez eux pour le commerce"- on ajoutera foi à sa parole.

comm. Car les (Musulmans) reconnaissent qu'il était habitant du territoire islamique.

Ne vois-tu pas que quand ils l'ont rencontré sur le territoire islamique, s'ils avaient voulu le molester et s'il avait dit: "Je suis un Dhimmî", il aurait fallu ajouter foi à sa parole à ce propos? De même donc s'ils le retrouvent par la suite sur le

(1) On n'avait pas encore inventé les cartes d'identité.

territoire en guerre. Il en est ainsi parce que, s'il leur disait, avant qu'ils le capturent: "Je suis un Dhimmî", il faudrait ajouter foi à sa parole. Il en est donc de même s'il le leur dit après la capture.

suite: Sur la même base, à supposer qu'on ne l'ait pas vu auparavant (sur le territoire islamique), mais qu'au moment de sa capture sur le territoire ennemi) deux musulmans se protent témoins du fait qu'ils l'ont vu sur le territoire islamique, on le considérera comme Dhimmî.

comm. Car ce qui s'établit par la preuve est comme ce qui s'établit à vue d'oeil.

• 3901. De même s'il prétend qu'il est Musulman-dans tous ces différents cas-et s'il a les traits d'un Musulman, alors il n'y a pas de difficulté à dire qu'on ajoutera foi à sa parole. Et à supposer qu'il ait les traits des mécréants, mais qu'il dise: "Les (ennemis) m'ont contraint au point que je me suis habillé de ces habits", alors aussi on ajoutera foi à sa parole.

comm. Car on a connu que cet homme était Musulman d'origine -ou Dhimmî, vu qu'il se trouvait sur le territoire islamique, -et les seuls habits ne font pas évanouir cette qualité, étant donné que ce qu'il dit est corroboré par les apparences. En effet celui qui réside chez un peuple qui diffère de lui par la manière de vivre, s'habille parfois des habits de ce peuple, par dissimulation (**taqîya**). Voilà pourquoi on ajoutera foi à la parole de cet homme (à ce propos).

• 3902. Supposons que les ennemis en guerre fassent un traité de paix et deviennent Dhimmîs, ce (traité) s'appliquera aussi bien à eux qu'à leurs femmes. Car les femmes suivent les hommes.

comm. Une autre raison en est que de telles gens acceptent de devenir Dhimmîs pour pouvoir continuer à résider dans leurs domiciles. Or la résidence ne se fait qu'en compagnie des femmes et des enfants.

1863 **suite:** * A supposer que ces gens-là disent: "Nous passons contrat de naturalisation (**'ahd**) pour nous, à l'exclusion de nos femmes," alors leurs femmes feront partie du butin, sauf celles qui entrent dans le contrat de naturalisation.

comm. Car on ne prend un indice en considération que quand il n'y a pas de texte précis là-contre. Voilà pourquoi il sera permis de les réduire en esclavage. Quant aux enfants mineurs, ils suivent leurs parents qui passent contrat de naturalisation, et on ne peut rien faire contre eux.

• 3903. Si un ennemi en guerre se rend chez nous sous sauf-conduit et si par la suite les mécréants s'emparent de la région (où il se trouve) de sorte qu'elle devient territoire de l'ennemi en guerre, si après cela les Musulmans s'emparent de nouveau de cette même région et qu'ils retrouvent là cet homme (parmi les captifs), alors il faut distinguer: Si ceux qui se sont emparés de cette région sont ceux -là mêmes dont cet homme était le ressortissant, il fera partie du butin pour les Musulmans;-

comm. Car la protection (du sauf-conduit) cesse d'exister entre lui et les

Musulmans dès[1] qu'il se trouve dans un territoire de guerre, dont les habitants sont ses concitoyens (**litt.** concordants).

Ne vois-tu pas que s'il rentre chez lui, le sauf-conduit expire? Or cette région est assimilé dans le statut légal à son propre territoire, quand les mécréants (ses concitoyens) l'ont dominée;-

• 3904. Mais si ces (envahisseurs) ne sont pas les habitants du territoire de cet homme[2] - par exemple si ce touriste est un Byzantin, tandis que ceux qui se sont emparés de cette région-là sont un groupe d'entre les Turcs- il faut distinguer: S'ils l'ont fait prisonnier et l'ont empêché de partir, alors il continuera de jouir du sauf -conduit des Musulmans, comme auparavant, de sorte que si les Musulmans le capturent, il sera homme libre.

comm. Car il n'a pas atteint le lieu de sa sécurité. Or le sauf conduit expire seulement quand il l'atteint. En outre il est leur prisonnier. Ce sera donc comme si ces (ennemis) l'avaient fait prisonnier de guerre sur le territoire islamique, puis l'avaient mis en sécurité dans leur propre territoire.

• 3905. * Au contraire si ceux qui se sont emparés (de cette région) ne l'ont 1864
pas empêché de gagner le territoire islamique, et qu'il soit resté chez eux de son propre choix, alors c'est lui qui rompt le sauf-conduit.

comm. Car il lui agrée de rester dans le territoire (de notre) ennemi. Or celui à qui il agrée de rester dans le territoire ennemi fait partie des ennemis en guerre et n'est plus sous le sauf-conduit que les Musulmans lui ont octroyé sur le territoire islamique.

Ne vois -tu pas que si cet homme se marie chez eux et achète une maison, puis que les (Musulmans) s'emparent de lui, il fera partie du butin autant que les autres habitants de cette région?

• 3906. De même si un touriste byzantin venu chez nous sous sauf-conduit trouve bon d'aller chez les Turcs- en obtenant ou non (leur) sauf- conduit, peu importe- il annule le sauf- conduit qu'il avait de la part des Musulmans. Il en sera donc de même dans le cas précédent. Toutefois dans le cas présent (du Byzantin allant chez les Turcs, qui sont également en guerre avec les Musulmans), la réponse sera la même, qu'ils l'aient fait prisonnier de guerre ou non.

comm. Car il s'est rendu chez eux de son propre choix.

• 3907. Si un Byzantin demande aux Musulmans un sauf-conduit pour venir chez eux, pour faire du commerce, puis pour aller chez les Turcs afin de ramener de là -bas des marchandises dans le territoire islamique et en faire du commerce, et que les (Musulmans) lui donnent un sauf-conduit pour (tout) cela, alors il jouira du

(1) Ainsi: وحين selon le MS de Beyrouth, l'éd. portant: حتى
(2) Ainsi: داره selon le MS de Beyrouth, l'éd. portant: دارنا

sauf-conduit tant qu'il ne se rendra pas dans le pays des "Turcs, et qu'une fois qu'il y sera entré, il ne jouira plus du sauf- conduit des Musulmans tant qu'il ne sera pas de retour dans le territoire islamique.(1)

comm. Car les Musulmans lui ont donné un sauf-conduit en ce qui concernait le territoire islamique, et non le territoire des Turcs; à moins que les (Musulmans) lui aient dit: "Tu jouiras du sauf- conduit quand tu entreras sur le territoire islamique et jusqu'à ce que tu y reviennes et regagnes ton propre territoire": alors c'est une précision qu'on lui donne du sauf-conduit même pendant son séjour sur le territoire turc.(2)

1865 • 3908. * Dans ce cas, si les Musulmans lui dénoncent (le sauf-conduit) alors qu'il est sur le territoire turc, cette dénonciation est nulle et cet homme continuera de jouir du sauf- conduit jusqu'à ce qu'il regagne son propre territoire.

comm. Car les (Musulmans) lui dénoncent (le sauf -conduit) à un moment où il se trouve sous sauf- conduit de cet autre territoire. Donc cette dénonciation et l'autre faite sur le territoire islamique sont pareilles. Or on sait que la dénonciation n'est correcte que quand on fait parvenir celui qui jouissait du sauf-conduit dans le lieu de sa sécurité et quand on lui rend son **statu quo ante.**(3) Et Dieu sait mieux la vérité.

1866

* Chapitre (181)
DES CAS OU ESCLAVE, OU QUELQU'UN D'AUTRE QUI A ÉTÉ FAIT PRISONNIER DE GUERRE, DOIT ETRE RENDU À SON MAITRE, ET DES CAS OU IL NE DOIT PAS ETRE RENDU.

• 3909. (Chaibânî) dit ceci: Si un esclave est fait prisonnier par les ennemis et qu'on le récupère en postliminium quand son maître d'origine est mort, et si ce sont les héritiers de ce maître qui le retrouvent dans le butin, alors s'ils le retrouvent avant le partage ils le reprendront sans rien payer; mais s'ils le retrouvent après le partage du butin, ils ne pourront le reprendre que contre paiement de la valeur.

comm. Car ils remplacent le (maître d'origine), dont ils sont les héritiers. Puisque cette reprise a pour but de réintégrer (l'esclave) en le titre originel de propriété au moyen de la rançon, ce sera comme si on payait à titre de dédommagement la rançon de son esclave, qui aurait commis un tort. Or dans ce cas-ci, les héritiers tiennent la place du défunt dont ils sont les héritiers.

---

(1) Intéressant détail sur la pratique des visas pour plusieurs voyages.

(2) Il ne s'agit pas de le protéger contre une molestation éventuelle dans ce pays tiers, mais seulement en ce sens que si les Musulmans conquièrent ce pays et retrouvent cet homme là-bas, ils ne sauront pas le molester, au contraire des autres Byzantins qui se trouveraient là-bas et sans jouissant du sauf-conduit musulman.

(3) Admirable souci de justice!

• 3910. Mais ce sera le contraire, dans le cas du **jus retractum;** car si l'ayant-droit du jus retractum (**chafi'**) meurt, ses héritiers n'ont pas qualité pour reprendre (l'immeuble) sur la base du **jus retractum,** pour tenir la place du défunt.

comm. Car le droit à la reprise (d'un immeuble) sur la base du **jus retractum** provient du voisinage. Or le voisinage que le défunt avait s'est évanoui par sa mort, tandis que le voisinage que son héritier obtient est chose récente (ne datant pas du moment de la vente de l'immeuble en question). Donc l'héritier n'a pas le droit à la reprise. Mais dans le cas en discussion ici (du postliminium), le droit à la reprise provient du titre originel de propriété, et ce titre n'est pas modifié par la mort du maître d'origine. Donc les héritiers le remplaceraient pour cette propriété, si elle était à portée de main. Par conséquent, il en sera de même quant au droit qui s'établit en vue de cette propriété-là.

• 3911. Si, après le partage (du butin et l'attribution de l'esclave en postliminium), certains des héritiers veulent le reprendre et certains autres ne le veulent pas, ils n'y sont pas autorisés: ou ils le reprennent tous (contre paiement de la valeur), ou ils renoncent tous à lui, (le soldat bénéficiaire du butin n'étant pas obligé de céder l'esclave à une partie des ayants- droit).

comm. * Car, par cette reprise, ils réintègrent l'(esclave) en le titre originel de 1867
propriété du défunt. Cela au point que si une dette se déclarait sur l'esclave) pendant la vie du (maître d'origine), on vendrait l'esclave pour cette dette (quand il serait récupéré en postliminium), de sorte que si le (maître voulait prendre une chose et non une autre, (c.-à-d. l'esclave et non la dette qui lui incombe), il n'y serait pas autorisé. Il en sera donc de même pour ses héritiers quand lui -même meurt.

• 3912. A supposer que dans ce cas (du postliminium et du partage du butin), certains des (héritiers du maître d'origine) veuillent racheter l'(esclave) contre paiement de la valeur, tandis que les autres ne le veulent pas, il y seront autorisés, (à condition que ceux qui le veulent, paient la totalité du prix du rachat, et en cela,) ils paieront à titre de charité (la quote-part des autres héritiers qui ne veulent pas le racheter).

comm. Car l'esclave se réintégrera dans le titre originel de propriété du défunt, et sera donc hérité par tous les héritiers, étant donné que ceux qui paient (le prix du rachat le paient à titre de charité pour la quote- part de ceux qui refusent de payer, et ceux qui paient n'ont pas la faculté d'imposer aux autres de payer, bon gré mal gré, leurs quotes- parts de la dette. Cette règle est analogue à celle qui concerne le prix du rachat (dédommagement) de l'esclave lorsqu'il a commis un tort.

• 3913. Si le maître d'origine, maintenant mort) a légué par testament en faveur de quelqu'un une partie de ses biens ne dépassant pas la limite légale du tiers, et si ce (légataire) se trouve en compagnie des héritiers (pour le rachat du postliminium), son cas sera pareil.

comm. Car, à cause du testament, il participe avec les héritiers aux biens laissés par le défunt. Donc il est, pour le prix du rachat à payer, comme un des héritiers.

• 3914. (Pour la reprise de l'esclave en postliminium au bénéficiaire du partage du butin), si l'exécuteur testamentaire [1] ou l'héritier ou même le testataire se présente et veut payer (tout) le prix du rachat, il y est autorisé, même si la plupart des héritiers sont absents.

comm. Car celui qui est présent défend les droits du défunt; et, par la reprise, il ne fait que réintégrer (l'esclave en question) dans le titre de propriété (qui est le maître d'origine; il le fait donc pour le compte de tous les héritiers et non point pour lui seul). Or celui qui est présent défend les droits du défunt, comme c'est aussi le cas quand il s'agit de dédommager d'un tort (commis par l'esclave).

• 3915. A supposer que seul le testataire pour le tiers des biens se présente, mais que le soldat qui a obtenu l'esclave pour sa quote-part du butin nie que l'esclave ait éte la propriété du défunt en question, alors si le testataire établit la preuve à ce propos, on l'admettra de sa part, et on acceptera ce seul homme comme partie valable en cause (comme représentant tous les héritiers).

1868 **comm.** * Car il participe avec les héritiers aux biens laissés en héritage. Donc il aura un titre valable pour défendre les droits du défunt, comme n'importe quel autre des héritiers.

• 3916. A supposer que ce (légataire) paie la totalité du prix du rachat et reprenne l'(esclave), le juge lui octroiera le tiers [2] de l'esclave, et gardera les deux tiers pour les héritiers qui se présentraient pour en obtenir possession. S'ils se présentent mais nient que le défunt ait fait testament en faevur de ce légataire, le juge ne prendra pas en considération leur infirmation.

comm. Car le soldat qui a obtenu l'esclave pour sa quote-part du butin était, avec le légataire, la partie valable en cause, concernant l'héritage, pour que le légataire établisse l'existence du testament à l'encontre de ce (soldat). Donc c'est égal si c'est lui qui établit le fait, ou si ce sont les héritiers.[3]

• 3917. Mais à supposer que celui qui se présente soit seulement un créancier

---

(1) Ainsi: وصي dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: موصى

(2) Un légataire pour le tiers a en principe droit au tiers de chaque chose laissée par le défunt, donc au tiers de l'esclave récupéré en postliminium. (On ne parle pas ici des autres biens laissés par le défunt). La discussion subtile devient ici invraisemblable, car l'auteur vient de dire que le paiement fait, par certains des héritiers et légataires et alors que les autres refusent de participer au rachat, est fait à titre de charité, de sorte que même ceux qui n'ont pas participé au paiement participent au partage de l'héritage (ici, l'esclave racheté). On peut penser que quelquefois on achète à grands frais un souvenir de famille, par exemple, pour ne pas le laisser tomber dans la main des étrangers. Mais dans le cas présent de l'esclave, on ne peut en donner le tiers comme legs qu'en le vendant et l'aliénant. A supposer que le défunt ne laisse que cet esclave: le légataire le rachètera en payant la totalité de sa valeur, puis le revendra presque au même prix, pour n'en garder que le tiers, les deux tiers du prix allant aux autres héritiers.

(3) Il semble vouloir dire par là qu'il est égal que le légataire prouve l'existence du testament en sa faveur contre le soldat ou contre les héritiers, l'effet est le même et il n'a pas besoin de prouver deux fois le même fait.

du défunt (et non un héritier ou le légataire), il ne pourra pas valablement être partie en cause pour requérir contre le (soldat) dans la quote-part duquel l'esclave est tombé dans le partage du butin.

comm. Car il aura besoin d'établir la créance qu'il a sur le défunt; et en cela le soldat recevant l'esclave dans sa quote-part du butin n'est pas partie en cause pour défendre les droits du défunt.

• 3918. Même si le soldat recevant l'esclave pour sa quote-part du butin avoue que l'autre est le créancier du défunt, le juge ne donnera pas à ce (soldat) l'ordre de rendre l'esclave au (créancier) contre paiement de la valeur.

comm. Car l'aveu d'(un étranger) n'établit pas une dette qui puisse incomber au défunt.

• 3919. Mais si un des héritiers, ou même l'exécuteur testamentaire se présente et refuse de payer le prix du rachat, puis que le créancier veuille payer le prix du rachat, alors le juge décrétera que l'héritier et (?ou) l'exécuteur testamentaire se défende contre le créancier, afin que la dette soit proveé) contre le (défunt).

comm. * Car l'(héritier) est le remplaçant du défunt, et exige que la dette ne 1869
soit établie (contre le défunt) qu'au moyen d'une preuve. Quand ce sera chose faite, le créancier aura le droit de racheter l'(esclave) afin de pouvoir le vendre pour récupérer sa créance.[1]

• 3920. A supposer que l'exécuteur testamentaire avoue, à son arrivée, le dette incombant (au défunt), le créancier ne pourra pas en profiter, et on lui dira: "Apporte la preuve de ta créance", et l'exécuteur testamentaire ne cessera d'être partie en cause du procès, malgré son aveu de la dette.

comm. Car l'(exécuteur testamentaire) est le remplaçant du défunt pour défendre les intérêts de ce dernier. Or avouer contre lui une dette n'est point (défendre ses intérêts). Car à ce propos l'(exécuteur) est un étranger (et l'aveu d'un étranger ne charge personne). Donc quand cet aveu de la dette est annulé, il devient comme s'il n'avait jamais existé.

• 3921. Toutefois si celui qui avoue la dette est un des héritiers, le créancier aura le droit de racheter l'(esclave, au soldat) contre la valeur;-

comm. Car la dette a été établie, par son aveu, sur sa part d'(héritage);-

• 3922. Puis quand l'esclave aura été repris (au soldat), le juge gardera séparément les quotes-parts des autres héritiers jusqu'à ce qu'ils viennent avouer ou

---

(1) Contrairement à ce qui est vrai du co-héritier, le créancier qui paie le prix du rachat pourra sans doute le récupérer sur les héritiers, en sus du droit de vendre l'esclave pour récupérer sa créance grevant le défunt. Sans cela quel avantage pour lui? Le prix du rachat en tant que valeur réelle ne doit pas différer du prix qu'il réalise en revendant cet esclave; et même si le prix entier de vente lui reste acquis pour le remboursement de sa créance, il ne gagnera rien s'il ne charge pas le prix du rachat aux héritiers. En principe, le droit du créancier a préséance sur le droit des héritiers aux biens laissés par le défunt. Mais les héritiers ne sont pas redevable de payer la dette du défunt si elle dépasse les biens laissés par lui.

nier (la dette grevant le défunt); et le (juge) vendra la quote-part de celui qui a avoué pour en rembourser la créance (au créancier).

comm. Car son aveu est une preuve contre lui-même. Et une dette établie sur sa quote-part et moyennant son aveu est comme celle qui serait établie par une preuve juridique.

• 3923. Si le légataire pour le tiers des biens laissés se présente et avoue l'existence de la dette, et que l'esclave en question tombe dans sa quote-part d'héritage (=legs) à cause du testament, alors il a la faculté de reprendre l'(esclave au soldat) en en payant la valeur.

comm. Car ce qui s'établit moyennant un aveu est, concernant celui qui avoue, comme ce qui s'établit moyennant une preuve juridique.

1870 • 3924. * Mais dans ce dernier cas, si les héritiers se présentent ensuite et nient l'existence du testament, alors c'est leur parole qui prévaudra, et l'on dira aux héritiers: "Payez au légataire-du -tiers-des biens- du défunt le tiers du prix du rachat (payé par lui au soldat), et obtenez livraison de l'esclave".

comm. Car pour le tiers (du prix du rachat) il paie pour racheter sa propre propriété- donc il ne s'agit pas pour lui de faire la charité à ce propos-; mais les deux tiers du prix du rachat concernant la propriété qui doit aller aux héritiers, et, en cela, son paiement sera à titre de charité (car il paie sans que les héritiers le lui aient demandé).

• 3925. A supposer qu'il prétende que (le défunt) lui avait légué par testament cet esclave, et que le reste des circonstances soit le même, alors les héritiers ne pourront lui reprendre l'esclave que contre remboursement de la totalité du prix du rachat payé par lui, s'ils le désirent.

comm. Car dans ce cas, le (prétendu légataire) paie uniquement pour racheter sa propré propriété, étant donné que l'esclave lui revient en entier, par son prétendu testament, pourvu que (la valeur de) cet (esclave) ne dépasse pas (la valeur) du tiers des biens du défunt. Donc il ne verse rien à titre de charité quand il rachète (l'esclave).

• 3926. Si l'héritier ou le légataire (du maître de l'esclave en postliminium) se présente avant le partage du butin, il n'a pas la faculté de le reprendre jusqu'à ce qu'il ait établit la preuve à ce propos (la preuve du titre du défunt etc.)

comm. Car, à ce moment, c'est la communauté musulmane qui a le droit sur (le butin), donc un droit (particulier) contre le droit de la (communauté) ne sera établi que sur preuve.

• 3927. Ensuite quand il aura établi la preuve, il reprendra l'(esclave) sans rien payer, étant donné que l'(esclave) est réintégré en le titre originel de propriété du défunt, puis échoit en héritage du (défunt).

Si cet esclave tombe dans la quote-part du butin de quelqu'un cependant que la victime de la capture ennemie (le maître d'origine) est malade, et (lors d'un

postliminium) ce (maître d'origine le cède à ce soldat (bénéficiaire du butin), ce sera valide (cependant que les dons lors de la dernière maladie sont sujets à restrictions). A ce propos il sera égal que le soldat recevant l'(esclave) dans sa quote-part du butin soit un des héritiers (éventuels) du malade (**litt.** du défunt) ou un étranger; et de même, qu'il y ait ou non un don gracieux sans compensation (**muhâbât**).

suite: Il en sera de même si le (maître d'origine, gravement malade) le cède à celui qui l'a acheté à l'ennemi en guerre (sans qu'il y ait eu postliminium en butin). Dans ce cas, il n'est pas question de don gracieux (don qui est interdit à un malade, pour protéger les droits des héritiers).

comm. * Car, par cette cession, le (malade) ne lui donne rien en propriété, 1871
mais il annule seulement son droit à la reprise du postliminium, un **droit** et non pas des **biens.** Or en aucun cas on ne peut demander de compensation pour un tel droit. Cette cession sera comme le renoncement au **jus retractum (chuf'a)**. On sait que si quelqu'un de gravement malade renonce, pour quelque cause, au **jus retractum,** c'est absolument correct; il en sera donc de même ici (dans le cas du renoncement à la reprise du postilimunium).

L'effet en sera le même si le (maître d'origine) marchande avec le (soldat, nouveau maître de son esclave) pour un achat indépendant (et non pour la reprise de sa propriété d'origine).

Car dans cet acte il y a indice qu'il cède (implicitement son droit à la reprise). Donc l'indice de cette cession sera comme une cession explicite. Comme c'est aussi le cas à propos du **jus retractum.** Si l'on disait: "La reprise contre la valeur est -vous le dites- comme le dédommagement d'un tort (commis par l'esclave). Il faut donc que sur la même base un tel acte de la part d'un malade (? d'abandonner son droit à la reprise) ne soit pas valide, eu égard à son héritier (éventuel), et qu'on ne puisse céder (cet esclave) à titre de don gracieux (**muhâbât**) étant donné que cette (cession) ressemblerait à cela (? à l'abandon des dommages)". Nous drions: "Ce serait ainsi si le (malade) donnait quelques biens en toute propriété à son héritier (étant donné qu'il est interdit de donner par testament à un héritier quoi que ce soit, en sus de sa quoté- part légal d'héritage). Ici, dans le cas présent, il ne donne rien en propriété à son héritier, étant donné que cet héritier est déjà devenu propriétaire (de cet esclave qui appartenait à l'origine à son parent actuellement gravement malade), soit qu'il l'ait acheté (aux ennemis), soit qu'il l'ait obtenu pour sa quote-part du butin. Voilà pourquoi il est correct que le (maître d'origine) le cède à son héritier (=renonce à reprendre les biens de l'héritier, par l'exercice du droit au
postliminium). C'est à l'instar du cas où quelqu'un acquitte * son garant de sa sûreté 1872
personnelle, ou pardonne à celui qui a tué son esclave: tout cela est correct de la part d'un malade vis-à-vis de son héritier comme vis-à-vis d'un étranger". Ce qui explique cette règle énoncée par nous est que, si un soldat obtient un esclave pour sa quote-part du butin, il est capable de faire tomber le droit à la reprise du postliminium (droit qu'avait le maître d'origine), s'il émancipe cet eslave ou le déclare **mudabbar** (automatiquement libérable à mort), auxquels cas il ne sera redevable d'aucun dédommagement (vis-à-vis du maître d'origine). Il est évident que

le droit (à la reprise) est faible. Quelle différence y a-t-il entre l'annulation de ce droit par une disposition prise par le soldat qui a obtenu (cet esclave) pour sa quote-part du butin, et l'annulation par un renoncement de la part du (maître d'origine) malade (au droit à la reprise du postliminium)?

• 3928. A supposer que la victime du pillage ennemi meure sans laisser d'héritiers légaux, alors c'est toute la communauté des Musulmans qui en hérite. Et à ce propos, c'est le chef de l'Etat musulman qui la répésente (**nâ'ib**). Donc s'il apprend le cas (que l'esclave dans le butin n'est qu'un postliminium d'un Musulman qui est mort sans laisser d'héritiers) avant le partage du bitin, il le reprendra au profit du Trésor Public, sans rien payer; et s'il l'apprend après le partage, il pourra le reprendre, s'il le veut, pour le Trésor Public, contre paiement de la valeur (de cet esclave au soldat bénéficiaire du butin), et s'il le veut il y renoncera (purement et simplement). Ainsi, à supopser que cet esclave soit en la main de celui qui l'a acheté aux ennemis contre 500 (dirhams) alors que sa valeur est de 1000: il sera préférable que le (chef de l'Etat) le reprenne pour le prix auquel il a été acheté, car il y a là
1873 intérêt pour les Musulmans. * Au contraire s'il le trouve en la main d'un soldat qui l'a reçu pour sa quote-part du butin, le droit à la reprise aura contre paiement de la valeur; or en cela il n'y a apparemment aucun intérêt pour les Musulmans (pour l'Etat).

comm. Car leur droit porte sur la valeur (de ce butin, ici, l'esclave) et non sur la chose elle-même. Donc le (Chef de l'Etat) n'est pas obligé de le reprendre (à ces conditions), sauf s'il y voit quelque intérêt pour les Musulmans.

• 3929. Si la victime du pillage ennemi retrouve son (esclave pillé) en la main de quelqu'un qui l'a acheté à l'ennemi, et s'il ne le lui réclame pas, puis qu'au bout d'un certain temps, il aille chez lui pour le lui demander, il pourra toujours (reprendre cet esclave) pour le prix (que l'autre à payé à l'ennemi). Cela au contraire du **jus retractum**; car là, si l'ayant- droit du **jus retractum** ne réclame pas (l'immeuble) dès qu'il a appris (sa vente), son **jus retractum** est annulé.

comm. Car le silence de l'ayant- droit du **jus retractum** est considéré comme une cession (un renoncement en faveur de l'acheteur de l'immeuble) afin d'éviter qu'un tort soit fait à l'acheteur. En effet l'ayant- droit du **jus retractum** a la capacité de casser la disposition prise par l'acheteur (de l'immeuble de son voisinage immédiat); et si on ne considérait pas le silence de l'ayant - droit du **jus retractum** comme une cession (en faveur de l'acheteur), le titre de l'acheteur sur sa propriété serait gelé et il ne pourrait point y prendre les dispositions voulues. C'est pourquoi nous le considérons comme une cession (sous forme de renoncement), car la victime du pillage ennemi reprendra l'(esclave) à celui chez qui il le retrouvera, sans casser pour cela aucune des dispositions prises.

Ne vois-tu pas qu'il ne casse pas le partage du butin (ici, l'esclave), puisqu'il ne prend pas l'(esclave) gratuitement (comme il l'aurait fait avant le partage)? Donc on n'a pas besoin ici de considérer son silence comme une cession (un renoncement à son droit à la reprise).

• 3930. Si l'esclave capturé (par l'ennemi) est la propriété d'un garçon mineur, mais qui a son père- ou l'exécuteur testamentaire (de son père)- puis que quelqu'un lui achète cet (esclave) pour cing cents (dirhams) alors que sa valeur est de mille (dirhams), si le père ou l'exécuteur testamentaire cède le droit du garçon, ce sera valide.

comm. * Selon l'avis d'Abû Hanîfa et d'Abû Yûsuf, mais non selon l'avis de 1874
Chaibânî et de Zufar, qui déduisent leur avis sur la base du **jus retractum.** Car dans les deux cas, rien ne quitte le titre de propriété du mineur.

A supposer que celui qui achète cet (esclave) à l'ennemi l'ait acheté pour mille dirhams alors que sa valeur n'était que de 500, si le père ou l'exécuteur testamentaire veut reprendre cet (esclave), pour le compte du mineur, pour le prix (payé à l'ennemi), il n'y sera pas autorisé, étant donné qu'il y a une perte énorme pour le mineur; et ce sera à l'instar du cas où l'on achèterait, pour le compte du (mineur) un esclave valant 500, pour 1000 dirhams. Certes dans le cas d'un achat ordinaire avec perte (pour le compte de l'enfant) la chose achetée collerait au père ou à l'exécuteur testamentaire personnellement (et non à cet enfant dont ils sont tuteurs); mais dans le cas présent (du postliminium), le (père ou l'exécuteur) ne peut pas reprendre la chose récupérée pour son propre compte.

comm. Car il n'est pas le propriétaire d'origine, pour pouvoir le reprendre pour lui-même, contre le gré de celui qui a acheté (cet esclave) aux ennemis, étant donné que par la reprise on réintègre la chose en son titre originel de propriété, cependant que le (père ou l'exécuteur) n'a pas sur elle le titre de propriété d'origine; mais c'est le mineur qui l'a. Voilà pourquoi on ne considérera pas que le (tuteur) l'acquiert pour son propre compte.

• 3931. Si un morceau de terrain appartenant aux Musulmans a été occupé par les mécréants, de sorte qu'il est devenu territoire de l'ennemi en guerre, et si par la suite les Musulmans le récupèrent par la conquête, et que les propriétaires de ce morceau de terrain se présentent avant son partage en butin, [1] ils le reprendront sans rien payer; et s'ils se présentent après le partage, ils le reprendront contre paiement de sa valeur, s'ils le désirent.[2]

comm. Car ce morceau de terrain est la propriété d'un Musulman comme n'importe quelle autre chose (des biens meubles).

suite: Si le soldat qui l'obtient pour sa quote-part du butin y construit quelque

---

(1) En général on ne distribue pas les terres conquises comme butin pour les membres de l'armée conquèrante, mais on les attache au territoire islamique pour le bien de tous les ressortissants. La décision de leur partage en butin, envisagée ici, est plutôt exceptionnelle.

(2) Quand les soldats musulmans capturent des biens meubles aux ennemis, il est possible qu'on ne sache pas si quelque chose en revient en postliminium à un Musulman. Mais il ne peut pas en être de même d'un morceau de terrain sur la frontière. Donc lors de la reconquête, le commandant doit savoir qu'il s'agit d'un postliminium et non d'un simple butin susceptible d'être partagé entre les soldats conquérants.Apparemment l'auteur pense au cas où tout a été fait pour retrouver le maître d'origine, et ou l'on a décidé que le terrain ne semblait pas avoir fait partie du territoire islamique auparavant.

bâtiment, et si le propriétaire d'origine ne se présente qu'après cela, celui-ci ne pourra plus le lui reprendre.

1875 **comm.** * Car la construction est une espèce de consommation, et le (propriétaire d'origine) n'a pas la faculté de démolir la construction, pas plus qu'il n'a la faculté de démolir (de casser) les autres dispositions pirses (par le nouveau maître). La simple vente est autre chose: (on peut la casser). Dans le cas présent on se fonde sur l'analogie du donataire qui construit quelque bâtiment sur le terrain reçu en don: si, ensuite, le donateur veut le lui reprendre celui-ci ne sera pas autorisé à le faire, (1) car la construction est une espèce de consommation des biens. De même donc ici.

• 3932. Abû Hanîfa donne le même avis au sujet de quelqu'un qui fait un achat vicieux d'un terrain puis y construit quelque bâtiment: le vendeur n'a plus la faculté de (le) reprendre par la suite. On sait que le droit du vendeur est puls fort (**litt.** plus obligatoire) que le droit du maître d'origine, dans le cas en discussion (du postliminium). Certes, si le juge ne décrète pas que le maître d'origine du terrain (reconquis à l'ennemi) a droit à la reprise, parce que le nouveau maître y a construit quelque bâtiement, et si par la suite le nouveau maître démolit lui-même sa construction pour rendre le terrain tel qu'il était auparavant, alors le maître d'origine aura la faculté de le reprendre contre le rançon (c-à-d. la valeur).

comm. Car l'empêchement n'était autre que le bâtiment construit. Or il s'en est allé. Donc le (maître d'origine) a la possibilité de la reprise. Cela à l'instar du donateur (d'un terrain) qui veut reprendre le (terrain donné) après que le donataire a enlevé le bâtiment qu'il y avait construit.

suite: Il en sera de même si ce sont les ennemis en guerre qui y ont construit quelque bâtiment après qu'ils ont mis en sécurité le (terrain occupé).

comm. Car le maître d'origine n'a droit de reprise que sur la chose qui lui appartenait à l'origine. Comme ce bâtiment ne lui a jamais appartenu, il n'y pas droit à la reprise; et il lui est impossible de prendre le terrain sans le bâtiment y-construit. Certes si le soldat qui a obtenu ce terrain pour sa quote-part du butin démolit lui-même le bâtiment, (2) le maître d'origine aura le droit de reprendre ce terrain contre paiement de sa valeur, car l'empêchement a disparu.

---

(1) On a déjà vu que, selon la loi islamique, le donateur a la faculté de reprendre son don, n'empêche que ce soit très mal vu, du point de vue moral.

(2) L'autour ne parle pas explicitement du cas où le maître d'origine se présenterait avant le partage des butins. Mais il semble que selon lui, n'importe comment, le propriétaire d'origine n'aura pas le droit a la reprise de sa propriété en postliminium, et cela pour la simple raison que l'ennemi y a construit quelque bâtiment. Si cette propriété en postliminium va en sa totalité aux conquérants comme butin, un des buts de la guerre ne sera pas atteint, et le tort subis par leur concitoyen ne sera jamais réparé. Il serait donc plus équitable de rendre le terrain au propriétaire d'origine sans rien lui réclamer (pour seul le terrain), mais en lui faisant payer la valeur du bâtiment ajouté sur son terrain par l'ennemi pendant l'occupation, valeur allant en faveur des conquérants de l'expédition, en tant que partie des butins. Certes le cas sera différent si les butins ont déjà été partagés, auquel cas le propriétaire d'origine devra payer la valeur du terrain et du bâtiment, pour que le soldat bénéficiaire du butin ne subisse pas de tort.

• 3933. Si le terrain avait un bâtiment, au moment où les mécréants l'ont conquis, puis qu'il tombe dans la quote-part du butin d'un soldat musulman, le maître d'origine aura la faculté de le lui reprendre contre la valeur que le (terrain) avec son bâtiment possède, le jour de son partage en butin;[1]-

comm. * Car à l'origine il lui appartenait avec le bâtiment. Donc il a le droit 1876
de le faire rentrer en son titre de propriété, comme auparavant;-

suite: A supposer que le (maître d'origine) ne l'ait pas repris, quand le bénéficiaire de la quote-part du butin convertit le (terrain) en une mosquée pour les Musulmans, et que les Musulmans commencent à y célébrer les offices, sans pour autant y'ajouter de nouvelles constructions- ou même s'il s'agit d'un terrain nu, et que le (soldat) le déclare don pieux (**waqf**) pour les pauvres, ou qu'il le déclare cimetière, ou hôtel pour les Musulmans de passager (**hân°**), -puis que le maître d'origine se présente, celui-ci n'aura pas le droit de le reprendre.

comm. Car ce (terrain) a été mis à l'abri contre tout titre de propriété des hommes, eu égard à la disposition qui y a été prise (en favur de Dieu). Ce sera donc à l'instar de l'esclave qu'affranchit le (soldat) qui l'a reçu dans sa quote-part du butin (qu'on réclame part la suite en postliminium). Il en sera ainsi parce que le maître d'origine doit le reprendre sans avoir besoin de casser la disposition déjà prise. Or ici il ne lui est pas possible de le reprendre contre la valeur, étant donné que ce (terrain) n'est plus dans le titre de propriété d'un homme pour pouvoir le lui reprendre contre une valeur. Ainsi ce cas se différencie du cas du **jus retractum,** car l'ayant-droit du **jus retractum** a la faculté de casser la disposition (d'achat) prise par l'acheteur de l'immeuble, et quand la disposition de l'(acheteur) est cassée, l' (immeuble) rentre dans le titre du (propriétaire d'origine), et l'ayant-droit du **jus retractum** peut l'obtenir (de celui-ci en achat).

Si le (village) autour de cette mosquée est détruit, de sorte que sa pouplation s'en est allée, alors ce (terrain) rentrera dans le titre de propriété de son maître (ici, le soldat qui en a fait un don pieux).

C'est ainsi selon la doctrine de Chaibânî. Car, de ce fait, disparaît l'empêchement; donc le maître d'origine a alors le droit de reprendre ce (terrain) au (soldat) contre la valeur.

• 3934. Il en sera de même si la chose capturée par l'ennemi est un cheval, et que (lors de sa reprise) le soldat le recevant en sa quote-part du butin le déclare don pieux pour (l'armée musulmane): si ensuite le maître * d'origine se présente, celui-ci 1877
ne pourra plus rien faire.

C'est là l'avis de Chaibânî, car il autorise à faire des dons pieux (**waqf**) aussi

(1) Ainsi dans le texte, mais à notre humble avis, il faut lire: "Si le terrain avait un bâtiment que l'ennemi a démoli pendant l'occupation, et si le terrain reconquis est partagé en tant que butin, le propriétaire d'origine se présentant tardivement devra payer seulement la valeur de la terre lors de la reconquête, c.-à-d. sans compter le bâtiment qui n'existe plus.".

bien de terrain que de biens meubles, dans la mesure où la pratique coutumière (**'âda**) le permet. Mais selon l'avis d'Abû Hanîfa, l'institution d'un don pieux ne lie pas (son auteur), et la chose donnée ne sort pas du titre de propriété de l'auteur; il est donc possible pour le maître d'origine de reprendre la chose (à celui qui l'a reçu dans sa quote-part du butin), à la seule exception de (donation d'un terrain pour) * une mosquée, car l'auteur d'une telle donation est lié, et donc le maître d'origine sera empêché de reprendre le (terrain donné), [1] vu que celui-ci n'a pas la faculté de casser la disposition prise. Voilà pourquoi on ne cassera ni le partage en butin ni la vente effectuée par celui qui a reçu (le postliminium) pour sa quote-part du butin, même s'il y a intérêt: par exemple quand il y a une différence entre le prix de vente et la valeur réelle de l'objet. Toutefois s'il le vend à quelqu'un, c'est que l'objet est susceptible d'être transféré de son titre de propriété à celui (d'un autre), donc son droit à la reprise continue de subsister. Et après que les dispositions, dont nous venons de parler, ont été prises, l'objet n'est plus susceptible de devenir propriété (de quelqu'un), que ce soit avec ou sans compensation. Donc le (maître d'origine) n'a pas la faculté de le reprendre, sauf quand cet (objet) devient de nouveau susceptible de donner et de prendre en titre de propriété. Cela à l'instar d'un esclave: si le (soldat) qui le reçoit pour quote-part de son butin le rend **mukâtab** (libérable contre le paiement du prix contracté), alors le maître d'origine n'a plus la faculté de le reprendre en postliminium; mais si cet esclave devient incapable du paiement contracté (et annule le contrat de libération), le propriétaire d'origine a la faculté de le reprendre (au soldat, le nouveau maître) contre la valeur (de l'esclave), vu que l'empêchement s'est évanoui.

suite: Il en sera de même si le soldat qui l'a reçu dans sa quote-part du butin le donne en gage (**rahn**) à quelqu'un pour une dette qu'il a contractée, alors le maître d'origine n'a pas la faculté de le reprendre tant que le gage ne sera pas retiré.

comm. Car le droit du créancier-gagiste s'est attaché au gage. Donc quand le gage est retiré, le (maître d'origine) peut reprendre l'objet contre sa valeur, vu que l'empêchement s'est évanoui.

• 3935. Si le maître d'origine dit: "Je veux payer la dette (du gagiste) et puis reprendre l'(objet du gage) contre sa valeur", on contraindra le gageur et le gagiste à y consentir, car le créancier-gageste obtient tout son droit. Mais le (maître d'origine, pour ce paiement) ne payera qu'à titre de charité, et ne pourra par la suite rien réclamer du gagiste.

1878 **comm.** * Car le (maître d'origine) n'était pas obligé de payer (la dette), et n'en avait pas besoin, étant donné qu'il pouvait attendre que le gage soit retiré et, alors, reprendre l'(esclave).

• 3936. Au contraire, si le soldat recevant l'(esclave récupéré à l'ennemi) dans

(1) Il va de soi que s'il s'agit d'une donation pour construire une mosquée, le partage même du terrain en butin, lors de la reconquête, ne sera pas valide. L'auteur pense à d'autres objets en postliminium.

sa quote-part du butin le loue (**ijâra**) à quelqu'un pour une période déterminée et reçoit aussi le loyer, si le maître d'origine se présente par la suite, alors celui-ci a la faculté de casser la location et de reprendre l'(esclave) contre la valeur.

comm. Car un contrat de location est susceptible de rupture s'il y a des excuses valables. Or le droit du maître d'origine à la reprise est une excuse qui rompt le contrat de location, même si ce droit ne casse pas les autres genres de dispositions prises. Car le droit de l'acheteur à rendre (l'objet acheté) pour y avoir trouvé un défaut est une excuse valable pour rompre le contrat de la location (de ce même objet acheté), mais non le reste des dispositions; et de même, le droit du vendeur à reprendre (l'objet vendu) parce qu'il y a eu un vice dans la vente, est une excuse valable pour rompre le contrat de la location (de ce même objet) mais non le reste des dispositions.

• 3937. A supopser que l'objet récupéré en postliminium soit une chamelle, et que le soldat, en la recevant pour sa quote-part du butin, la destine à être immolée lors du pèlerinage et lui met les guirlandes et la marque des signes propres à l'immolation-ou même qu'il la destine à être immolée lors de la fête des sacrifices (sans aller en pèlerinage à la Mecque)- puis que le maître d'origine se présente, celui-ci aura la faculté de la reprendre contre la valeur.

comm. Car lesdites dispositions de la part du bénéficiaire du butin ne font pas évanouir son titre de propriété (sur la chamelle ainsi destinée à l'immolation). Ne vois-tu pas ceci? S'il le vend, cette vente sera valide, au contraire des dispositions évoqués plus haut, à savoir la donation pieuse (**waqf wa habs**[1]), cas dans lequel son titre de propriété s'évanouit.

Cela montre l'erreur de ceux (des juristes) qui autorisent le remplacement d'un objet de don pieux par un autre, en déduisant cela du fait qu'on est autorisé de remplacer une bête déjà destinée à l'immolation lors de la fête des sacrifices ou lors du pèlerinage (par une autre bête).

Puis quand le (propriétaire d'origine) aura repris la (chamelle en postliminium) sur paiement de la valeur, celui qui l'avait obtenue sa quote-part du butin achètera une autre chamelle pour la mettre à la place de celle (qui lui a été ainsi enlevée).

Car cette valeur est, pour le (bénéficiaire en question du butin), une compensation de l'objet sur lequel il a imposé le droit de Dieu (pour l'immolation). Or le statut légal de la compensation est le même que celui de l'objet remplacé, au contraire du cas du don pieux.[2]

• 3938. * Si l'objet pillé (par l'ennemi) consiste en un esclave, puis qu'un des 1879
(Musulmans) l'achète aux (ennemis) pour un prix égal à sa valeur, ou même pour

(1) Selon que l'objet est meuble ou immeuble, le don pieux est de deux espèces, waqf et habs. L'auteur en parlera ailleurs.

(2) C'est probablement le sens voulu. Le texte est obscur ici.

plus, et que cet (acheteur), à sa mort, lègue l'(esclave) en faveur de quelqu'un, alors le maître d'origine aura néanmoins la faculté de le lui reprendre contre la valeur (sans plus).

comm. Car le legs par testament est un don en charité de quelque chose, pour avoir effet après la mort[1] (du testateur). Son statut légal sera sur l'analogie d'un don **(hiba)** qui a effet dès le vivant du (donateur). Puisque le maître d'origine a la faculté de reprendre l'objet en question) au donataire, contre le paiement de la valeur, il pourra le faire ici aussi (dans le cas du legs).

• 3939. Mais à supposer que l'acheteur ne l'ait pas légué par testament, alors le (maître d'origine) n'a la faculté de le reprendre à l'héritier que pour prix payé par le défunt (à l'ennemi).

comm. Car l'héritage est une succession (et non une réception en charité); et le titre de propriété qui s'établit en faveur de l'héritier est celui même qui existait en faveur du défunt. Voilà pourquoi l'(héritier) a la faculté de rendre la chose achetée, quand il y trouve un défaut, à celui qui l'avait vendu au défunt (en question). Dans ce cas, le (maître d'origine) devra supporter la perte due au fait que le défunt a payé un prix supérieur à la valeur, lors de son achat. Une autre raison en est que le (maître d'origine) avait la faculté de reprendre cet (esclave) au défunt, pour le prix (que ce dernier avait payé aux ennemis); il en sera donc de même de l'héritier. Au contraire, le légataire obtient le titre de propriété par une nouvelle cause (et non par simple succession); voilà pourquoi il n'a pas la faculté de rendre cet (esclave), à cause d'un défaut, à celui qui l'avait vendu au testateur. Et dans ce cas le (maître d'origine) ne subira pas la perte due au prix payé par le testateur (aux ennemis: il payera la valeur et non le prix réel d'achat).

(Chaibânî) continue: Si le défunt n'a légué la personne de cet esclave à qui que ce soit, mais qu'il ait légué à quelqu'un seulement le service de cet (esclave)- ou les gains de son travail-alors le maître d'origine n'aura la faculté de le reprendre ni pour le prix ni contre la valeur.

Car le droit du légataire colle à cet (esclave); et pour cet raison l'héritier n'a pas la faculté de le vendre, non plus que d'annuler ce droit (du légataire). Donc le (maître d'origine) n'a pas la faculté de reprendre cet (esclave) à l'héritier, vu que le droit du légataire s'y est établi; et au légataire non plus, puisqu'il n'est pas le
1880 propriétaire de la personne de l'esclave. * Or le droit à la reprise contre compensation s'établit seulement vis-à-vis de celui qui est capable de donner le titre de propriété de la personne (de l'objet en postliminium). C'est le contraire du cas précédent où le légataire (non pas de l'usufruit, mais de la personne de l'esclave) était propriétaire de la personne (de cet esclave), et où il était donc possible de (le) lui reprendre contre la valeur.

suite: Mais si ce légataire des gains ou du service (de l'esclave) meurt, le

(1) A lire: الوفاة comme dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: الوفا .

(maître d'origine) a la faculté de reprendre (l'(esclave) à l'héritier du testateur, pour le prix (que ce dernier a payé à l'ennemi en achetant l'esclave en question).

comm. Car le droit du légataire a expiré à cause de son décès; et du même coup l'empêchement de la reprise s'est évanoui. Donc le (maître d'origine) a la faculté de le reprendre (à l'héritier).

• 3940. A supposer que l'esclave capturé (par l'ennemi) soit propriété en commun de deux personnes, puis que l'une d'elles se présente cependant que l'autre est absente, alors celle qui est présente a la faculté de reprendre la moitié de l'(esclave), contre la moitié de la valeur, à celui dans la quote-part duquel l'(esclave) est tombe (lors du partage des butins).

comm. Car le droit à la reprise provient du titre originel de propriété. Et chacune des deux personnes avait la moitié de la propriété. Or il est permis de considérer une partie comme un tout.

suite: Au contraire, si toutes les deux se présentent mais que l'une dise: "Je le reprends", tandis que l'autre dit: "J'y renonce", alors celui qui désire reprendre a la faculté de reprendre la moitié (seulement de l'esclave).

comm. Car chacune des deux personnes a le droit de donner son avis concernant sa quote-part. Donc tout comme celle qui désire la reprise n'a pas la faculté d'annuler le choix de l'autre co-propriétaire, celle qui renonce n'a pas non plus la faculté d'annuler le choix de l'autre co-propriétaire.

suite: Et le soldat qui a reçu cet (esclave) en sa quote-part du butin n'a pas la faculté de dire: "Vous me gâchez l'esclave et me causez du tort en fractionnant la propriété".

comm. Car l'obligation de ne pas faire tort au maître d'origine l'emporte sur celle qui concerne le (soldat) dans la quote-part duquel l'(esclave) est tombé. Voilà pourquoi le (maître d'origine) a la faculté de (le) reprendre au (soldat), que celui-ci le veuille ou non.

suite: * Et ce sera le contraire si la victime du (pillage ennemi) est une seule 1881
personne mais qui meurt en laissant deux fils: dans ce cas l'un d'eux n'a pas la faculté de reprendre au (soldat) bénéficiaire du butin la moitié (du postliminium) sans le consentement de l'autre (frère).

comm. Car le titre originel de propriété appartient au défunt, tandis que les héritiers le remplacent. Or le défunt ne pouvait, de son vivant, reprendre la moitié (de l'esclave) à l'exclusion de l'autre moitié, mais il devait ou bien reprendre le tout ou renoncer à tout . Il en sera donc de même pour ses héritiers après son décès.

suite: Si l'on disait: "Il faut donc, sur cette base, que, si un des héritiers renonce, ce renoncement soit pour les deux (héritiers), exactement comme si le défunt renoçait de son vivant à la moitié et se taisait sur l'autre moitié". Nous dirions: Cela ne fait pas différence. Car dans ce cas-là si le défunt disait: "je renonce à une moitié mais je reprend l'autre moitié contre la moitié de la valeur", on ne

considérerait pas qu'il ait renoncé, pas plus qu'on ne considère, dans le cas présent, que le renoncement de la part d'un des héritiers soit un renoncement de la part de l'autre aussi; excepté que dans l'autre cas, le défunt avait la faculté de renoncer au tout; et donc, s'il renonçait à la partie, on le prenait comme s'il avait renoncé à tout. Comme c'est aussi le cas à propos du **jus retractum (chuf'a)**. Mais dans le cas présent l'un des héritiers n'a pas la faculté de renoncer au nom des autres héritiers. Donc ce sera ici comme si le défunt disait: "Je renonce à une moitié, pourvu que je reprenne l'autre moitié" (chose qui ne lui est pas permise).

• 3941. Si les mécréants s'emparent d'un morceau de terrain des (Musulmans), puis que (lors de la reconquête) ce terrain tombe dans la quote-part du butin de quelque Musulman, qui y démolit une partie des bâtiments, si par la suite le propriétaire d'origine se présente et veut (lui) reprendre le (terrain), il aura la faculté de le faire et de reprendre le bâtiment encore subsistant, contre la valeur du tout (du terrain et de tous les bâtiments, démolis ou non), établie le jour où le soldat l'a reçu dans sa quote-part du butin.

comm. Car le maître d'origine a le titre sur la partie comme sur le tout.

Ne vois-tu pas ceci? S'il s'était présenté avant que le bénéficiaire du butin eût
1882 démoli * quelque bâtiment, il aurait eu la faculté de reprendre le terrain et les bâtiments. Il en sera donc de même ici. Et si le bénéficiaire du butin en démolit quelque bâtiment, cela ne diminue pas la valeur à rembourser.

Car ce que le (maître d'origine) lui paie comme valeur, à titre de rançon, est la contrepartie de la chose principale **(aṣl)**; donc si celle-ci diminuée, que ce soit par l'acte de quelqu'un ou sans l'acte de personne, la (rançon) ne diminue en rien.[1] Il en sera de même si le bénéficiaire du partage du butin en consomme (détruit) une partie: la rançon à verser par le maître d'origine ne sera diminiuée en rien.

• 3942. Cela au contraire du cas du **jus retractum:** si l'acheteur de l' (immeuble) le démolit, puis que l'ayant-droit du **jus retractum** se présente, il (? le vendeur) ne peut rien faire contre cette démolition, à (?contre le premier acheteur, auteur de la démolition), et l'(ayant-droit du **jus retractum**) reprendra le terrain, proportionnellement, pour son prix (c.-à-d. en retranchant le prix du bâtiment démoli).

comm. Car le droit de reprise sous le **jus retractum** concerne seulement le terrain, et non le bien meuble. Or les débris sont un bien meuble.

suite: En outre, la reprise sous le **jus retractum** est à l'instar de l'achat.

comm. Car ce qu'obtient l'ayant-droit du **jus retractum,** c'est l'acquistion ab initio du titre de propriété (et non la récupération de son ancienne propriété). Et quant au bâtiment, c'est comme une qualité d'un autre objet (ici, le terrain). Donc si cette qualité s'évanouit, du fait de quelqu'un, on diminue proportionellement le prix

(1) L'auteur ne dit pas pourquoi.

à payer par l'ayant-droit du **jus retractum.**Et quant au maître d'origine il réintègre le (terrain), par la reprise, en son titre originel de propriété, moyennant la rançon. Or nous avons déjà mentionné que la rançon concerne la chose principale et non sa qualité.

suite: Sur la même base, si au lieu du bâtiment il y a sur le terrain une plantation de dattiers, et si le maître d'origine se présente, il lui faudra reprendre le tout contre la valeur du terrain et des dattiers existant le jour où le tout est tombé dans la quote-part du butin du soldat. A supposer que le bénéficiaire de la quote-part du butin * ait consommé les dattes ou les ait vendues, ou même s'il a arraché les 1883
dattiers ou les a vendus pour que l'acheteur les arrache: la réponse sera la même.

comm. Car ce que le (maître d'origine) verse, au titre de la valeur du terrain et dattiers, est une rançon, en contrepartie de la chose principale (ici, le terrain). Donc le prix ne sera en rien dimminué si la qualité (ici, les dattiers) de la chose principale s'évanouit ou est vendu, et il lui faudra reprendre (la qualité, ici,) les dattiers et les dattes, s'ils existent tels quels en la main de leur acheteur, pour le prix que ce dernier a payé (au soldat bénéficiaire du butin du terrain) pour les acquérir, si le maître d'origine le veut. Ce sera le contraire dans le cas de l'ayant-droit du **jus retractum,** vu que le **jus retractum** concerne seulement le terrain, et non les biens meubles, et que l'ayant-droit du **jus retractum** a la faculté de casser la disposition prise par l'acheteur (de l'immeuble), tant que son droit subsiste. Voilà pourquoi nous disons que, quand le (maître d'origine) se présente avant que les dattiers soient arrachés par l'acheteur, il a la faculté de casser la vente (des dattiers à cet acheteur) et, s'il le veut, de reprendre, pour le prix, le tout au prémier acheteur.[1]

• 3943. (Chaibâni) dit encore: Si quelqu'un achète un esclave, et si, avant qu'il en ait obtenu possession, l'(esclave) est capturé par les ennemis: si l'(esclave, récupéré par l'armée musulmane,) tombe dans la quote-part du butin d'un soldat musulman et que se présente alors et le vendeur et l'acheteur d'origine, dans ce cas c'est le vendeur qui a plus de droit à la reprise, s'il le veut, contre la valeur (de l'esclave).

comm. Car avant le pillage ennemi, c'est lui qui avait la main possédante.

suite: et il aura le droit de retenir l'(esclave) jusqu'à ce qu'il reçoive plein paiement du prix convenu.

comm. Car l'objet vendu reste sous la protection du titre de propriété du vendeur tant que l'(acheteur) n'en a pas obtenu possession.

suite: Pour cette raison, s'il est détruit, la destruction sera sur le compte des propres biens du (vendeur propriétaire). Donc si le maître d'origine le reprend contre la valeur, nous disons que la valeur que celui-ci paie n'est pas à titre de charité, vu

(1) Apparemment il s'agit de celui qui a acheté le terrain à [illegible], l'acheteur étant assimilé au soldat obtenant le terrain, après sa reconquête, pour sa quote-part du butin.

qu'il ne peut pas, sans ce paiement, faire revivre son titre de propriété. Donc l'acheteur aura le choix: s'il le veut, il reprendra (l'esclave qu'il avait acheté avant sa capture par l'ennemi) pour le prix convenu alors, ou contre la valeur actuelle (payable au soldat qui a obtenu ce soldat pour sa quote-part du butin); et s'il le veut, il y renoncera (maintenant). Rien d'autre: il aura le choix;

1884 **comm.** * Car le prix (de l'esclave) a augmenté; (1) et à l'origine l'(acheteur) n'avait pas pris à sa charge cette (augmentation);-

suite: Mais à supposer que le vendeur d'origine refuse de reprendre le postliminium (ici, l'esclave) contre sa valeur, alors l'acheteur d'origine a la faculté de le reprendre (au soldat) contre la valeur, s'il le désire.

comm. Car au fond c'est sa propriété qui a été victime du pillage ennemi. Donc il a le droit de la réintégrer, par la reprise, en son titre comme auparavant.

suite: Mais dans ce cas il lui faudra payer (aussi) le prix au vendeur d'origine.

comm. Car la marchandise a maintenant été livrée à l'(acheteur).(2)

A supposer que le vendeur d'origine dise (après que l'acheteur d'origine a conclu la transaction directement avec le soldat): "Je vais arracher l'esclave à cet (acheteur d'origine) jusqu'à ce qu'il m'ait versé le prix", il n'aura pas la faculté de le faire.

Car il a fait tomber son droit à la rétention de la marchandise, quand il a refusé, **ab initio,** de la reprendre (au soldat) contre la valeur. Ce sera donc comme s'il avait déjà livré la marchandise à l'acheteur, et qu'il voulût ensuite la reprendre pour la retenir(3) jusqu'au paiement du prix.

• 3944. Si quelqu'un dont l'esclave a été pris (par l'ennemi) meurt et laisse un enfant mineur tout en nommant un exécuteur testamentaire (pour l'enfant), puis que l'esclave tombe dans le butin (capturé par les Musulmans): si l'exécuteur trouve l'(esclave) avant le partage, il le reprendra pour le compte de l'enfant sans rien payer; et s'il le trouve après le partage, il le reprendra contre la valeur, s'il le veut.

La raison en est celle que nous avons déjà évoquée, à savoir que l'héritier, dans ce cas, remplace le défunt (le maître d'origine), et que ce droit qu'il a ne tombe pas par la mort du défunt au contraire du droit sous le **jus retractum;** et enfin, l'exécuteur remplace le père de l'enfant mineur, là où il est question de remplacer.

Puis, si l'(exécuteur) décide de reprendre l'(esclave) contre la valeur, et que le défunt n'ait pas laissé d'argent, mais que l'enfant mineur ait de l'argent hérité (par exemple) de sa mère, alors le paiement de la valeur (de l'esclave en postliminium) incombera aux biens de l'enfant.

(1) Car il faut payer la valeur au soldat, et il faut payer le prix au vendeur d'origine.

(2) Au lieu de la reprise en postliminium, si l'acheteur d'origine conclut un nouvel achat à ce soldat, ne lui sera-t-il pas plus avantgeaux?

(3) Ainsi [illegible] dans le MS de Beyrouth l'éd. portant : [illegible]

comm. * Car il s'agit d'une dette à sa charge (de payer la rançon du 1885
postliminium). Donc l'exécuteur la payera sur le compte (de l'ensemble) des biens de l'(enfant). Dans ce cas, il n'y a aucune responsabilité sur l'exécuteur en personne, pas plus qu'il n'y en aura, à ce propos, sur un délégué chargé de la reprise par le maître d'origine. La raison en est que ce paiement (de la valeur au soldat bénéficiaire du butin) est comme le dédommagement d'un (tort) commis par l'esclave (dédommagement qui incombe au maître de l'esclave). Dans l'autre cas le délégué est seulement un représentant (**na'ib**), et donc la responsabilité ne pèse pas sur lui en personne. Il en sera donc de même ici aussi (dans le cas de l'exécuteur).

suite: C'est le contraire dans le cas du **jus retractum:** Si l'exécuteur testamentaire ou le délégué reprend (l'immeuble) sous le **jus rectractum,** la responsabilité incombe à l'un comme à l'autre, et la demande du paiement du prix peut être adressée à l'un comme à l'autre, bien qu'ils aient le droit de le récupérer par la suite (sur le délégant ou le mineur respectivement).

comm. Car la reprise sous le **jus retractum** est une obtention du titre de propriété par un achat **ab initio** de la part de l'ayant-droit du **jus retractum** (et non la récupération d'une ancienne propriété).

• 3945. Si l'exécuteur testamentaire donne la garantie du paiement de la valeur (de l'esclave en postliminium) à celui dans la quote-part de butin duquel il est tombé, on pourra lui adresser la demande de paiement, à cause de la garantie donnée; puis il pourra la récupérer sur les biens de l'enfant, étant donné qu'il a la faculté d'imposer une dette à l'enfant (sous sa tutelle), au contraire du cas de celui qui est délégué pour reprendre (un postliminium etc.): s'il donne la garantie du paiement de la valeur, ce sera à titre de charité et il ne pourra pas la récupérer sur le déléguant.

comm. Car un (délégué) n'a pas la faculté d'imposer une dette à quelqu'un qui n'est pas compris dans les directives délégatoires: comment pourrait-il donc imposer une (dette) à la personne du (déléguant)?

suite: Exception faite du cas où le (déléguant) lui aurait donné l'ordre d'octroyer la garantie, auquel cas on pourrait lui adresser la demande (du paiment). A supposer que l'exécuteur testamentaire ait payé la rançon de l'esclave, dans la limite de sa valeur, pour le compte de l'enfant et sur ses biens, puis que quelqu'un établisse la preuve d'une créance à la charge du défunt et suffisante pour englober la totalité de la valeur de l'esclave (récupéré), alors on vendra l'esclave pour cette dette.

comm. Car on a réintégré (l'esclave au moyen de la rançon) dans le titre originel de propriété du défunt, et le droit du créancier l'emporte sur celui de l'héritier dans les (biens laissés par le défunt).

suite: * Mais dans ce cas on considérera que l'exécuteur testamentaire a payé 1886
la rançon à titre de charité; il en dédommagera donc l'enfant (sous sa tutelle) et lui remboursera sur ses propres biens ce qu'il a payé sur les biens de l'enfant.

comm. Car il est devenu évident que ce qu'il a obtenu n'était pas en faveur de

l'enfant, étant donné que si les biens laissés en héritage sont engloutis par la dette, cela les empêche de devenir propriété de l'héritier. Voilà pourquoi l'(exécuteur) sera redevable, à l'enfant, des dommages de ce qu'il a payé sur les biens de l'enfant. Ce sera comme si la dette était connue et que malgré celle-ci l'exécuteur eût repris l'(esclave en postliminium) tout en payant la rançon sur les biens de l'(enfant): (on ne tolère pas un tel gaspillage des biens du mineur de la part de son tuteur). Mais dans l'autre cas (du délégué), le paiement (non autorisé) de la rançon sera traité comme une charité, mais l'esclave (récupéré) sera néanmoins vendu pour rembourser la dette au créancier. Il en sera de même ici(: la rançon payée par l'exécuteur sera sur ses propres biens; l'esclave reviendra à l'enfant mineur, puis sera vendu pour rembourser la dette du père, de qui cet enfant a hérité l'esclave). Tout cela à l'instar du cas d'un esclave qui, appartenant à un enfant, commet un tort, et que l'exécuteur testamentaire en dédommage sur les biens de l'enfant mineur, étant d'avis que c'est dans l'intérêt de l'enfant, puis qu'une dette se manifeste, à la charge du défunt (père de cet enfant). Puisque le véritable sens est le même dans les deux cas, le statut légal des deux est aussi celui-là même que nous venons de mentionner.

suite: En outre, l'exécuteur, qui paie la rançon à titre de charité, ne ressemblera pas à un autre étranger (agissant de la même façon), étant donné que dans l'autre cas le bénéficiaire du butin (recevant l'esclave) a la faculté de refuser de remettre au (mineur l'esclave), mais dans le cas présent (de l'exécuteur) il ne le pourra pas.

comm. Car l'exécuteur testamentaire remplace le testateur. Puisque le (bénéficiaire du butin) était obligé de céder (l'esclave en postliminium) à ce testateur (maître d'origine de l'esclave) contre la valeur, il sera également obligé de le céder à l'exécuteur testamentaire, après la mort du (testateur, maître d'origine).

• 3946. Si l'exécuteur en verse pas la rançon de l'esclave, au nom du garçon mineur, jusqu'à ce que l'affaire soit porté devant le juge musulman, puis que le juge lui donne l'ordre de verser sa rançon- ou même si c'est le juge ou un de ses secrétaires (**amîn**) sur son ordre qui a payé la rançon (sur les biens du mineur)- si par la suite une dette vient au jour, alors les créanciers auront le choix: s'ils le veulent, ils payeront la valeur au garçon mineur, après quoi on vendra l'esclave pour leur rembourser leur créance; mais s'ils ne le veulent pas, alors on rendra l'esclave à celui qui l'a reçu pour sa quote-part du butin, et on exigera de lui qu'il verse la valeur au garçon mineur.

1887 **comm.** * Car celui qui paie la rançon, dans le cas présent, ne le fait pas à titre de charité, vu qu'il s'agit d'un ordre du juge. Or on n'exécute l'ordre du (juge) que parce qu'il y va de l'intérêt du (mineur). Et son ordre empêche que le versement soit considéré comme étant à titre de charité. Cela au contraire du cas précédent.

• 3947. Au contraire, si l'exécuteur reprend l'(esclave en postliminium) contre la valeur, pour le compte du garçon mineur, et cela sans ordre du juge, et si par la suite une dette vient au jour, englobant la moitié de la valeur de cet esclave, alors on vendra l'esclave, pour payer complètement la dette au créancier, et ce qui restera ira

au garçon, comme héritage de son père; et la valeur que l'exécuteur a payée (sans ordre du juge) sera considérée comme étant à titre de charité.

comm. Car la transaction qu'il a effectuée n'est pas dans l'intérêt du garçon, étant donné que l'(exécuteur) paie (sur le compte du mineur) toute la valeur de l'esclave, puis ne lui rend que la moitié de la valeur. Donc si, pour cette raison, cette transaction de l'(exécuteur) ne s'exécute pas contre le garçon mineur, on considérera que l'(exécuteur) a payé la rançon à titre de charité.

• 3948. Si le juge en donne l'ordre à l'(exécuteur), et que le reste des circonstances soit le même, alors le juge dira aux créanciers: Si vous le voulez, endossez la rançon, chacun en proportion de sa créance, afin que je vende l'esclave pour vous payer la dett; sinon, je rendrai l'esclave à celui qui l'a obtenu pour sa quote-part du butin.

comm. Car dans un tel cas, l'exécuteur ne peut pas être considéré comme ayant versé la rançon à titre de charité, étant donné qu'il l'a fait sur ordre du juge. Or c'est là un ordre qu'on exécute parce qu'il y va de l'intérêt du garçon mineur. A supposer que les créanciers aient dit: "Nous ne payons pas la rançon de l'esclave", alors l'esclave sera rendu à celui qui l'a reçu pour sa quote-part du butin, sauf dans le cas où le juge serait d'avis qu'il est dans l'intérêt du garçon mineur de payer la rançon sur ses biens, -par exemple si l'utilité corporelle ou la valeur de cet esclave a augmenté depuis qu'il est tombé dans la quote-part de butin de ce soldat-là,- alors il donnera l'ordre de prélever la rançon sur les biens du garçon, afin que celui-ci ait plus de bénéfice.

• 3949. Mais si les biens sur lesquels le juge prélève le paiement de la rançon de l'esclave sont ceux du défunt, que la dette englobe tous les biens qu'a laissés ce défunt, et que les créanciers disent: "Nous ne consentons pas à payer la rançon de l'esclave de cette façon, mais nous prenons la rançon comme remboursement de notre créance", cela leur sera loisible. (C'est-à-dire qu'au lieu de reprendre l'esclave 1888
contre la rançon * puis de le vendre pour nous payer notre créance, payez-nous directement le montant de la rançon et laissez l'esclave au soldat bénéficiaire du butin).

comm. Car eux seuls ont un droit sur les biens laissés par le défunt (endetté), et l'ordre judiciaire n'est donné que dans leur intérêt, peu importe, que ce qu'ils choisissent eux-mêmes soit un bien pour eux ou un tort.

suite: Mais dans ce cas, l'héritier n'aura plus la faculté de reprendre l'esclave contre une rançon.

comm. Car quand les biens laissés par le défunt sont engloutis par la dette, cela les empêche de devenir la propriété de l'héritier.

• 3950. (Chaibânî) continue: Si l'esclave est récupéré en postliminium et donné à un Musulman pour sa quote-part du butin, puis que les ennemis l'enlèvent de nouveau, si par la suite les Musulmans le leur arrachent encore une fois et le

donnent pour quote-part de butin à un autre Musulman, et qu'après cela se présente le maître d'origine, celui-ci n'aura pas le droit de le reprendre.

comm. Car le deuxième enlèvement (ennemi) n'a pas été fait sur les biens de ce (maître d'origine), mais sur ceux du soldat dans la quote-part de butin de qui l'esclave était (valablement) tombé. Le droit de reprise n'est obtenu que par celui sur les biens duquel l'objet a été enlevé. On établira le droit à la reprise pour le maître d'origine si la victime du deuxième enlèvement ennemi n'a pas fait le (nécessaire, lors du deuxième partage de l'esclave en butin), en le reprenant gratuitement avant le partage ou en le reprenant contre la valeur après le partage. Et si celui-ci l'a fait, le maître d'origine ne pourra rien faire, pour reprendre l'(esclave).

• 3951. Mais si la victime du deuxième enlèvement ennemi a repris l'esclave, contre sa valeur (au bénéficiaire du nouveau partage des butins), alors le maître d'origine a la faculté de le reprendre, s'il le veut, contre deux fois sa valeur.

comm. Car la victime du deuxième enlèvement ennemi avait besoin de payer ce qu'il a payé en rançon au (bénéficiaire du deuxième partage du butin) afin de
1889 faire revivre * son titre de propriété; donc on ne considérera pas qu'il a fait cela à titre de charité. Voilà pourquoi le maître d'origine pourra, s'il le veut, reprendre cet (esclave) en payant à cet homme la valeur de ce qu'il avait reçu pour quote-part de butin, la première fois, en sus de ce qu'il a lui-même versé maintenant au (soldat qui a reçu cet esclave pour sa quote-part dans le partage des butins de la deuxième bataille). Il en sera de même si, au lieu du bénéficiaire du butin, il y a un acheteur qui achète cet esclave auprès des ennemis puis que les ennemis enlèvent de nouveau l'esclave. Le cas est exactement pareil à ce qui précède, dans tous les différents aspects de la question: le maître d'origine n'a pas la faculté de reprendre l'(esclave) tant que le premier acheteur (la deuxième victime de l'enlèvement ennemi) n'aura pas repris cet (esclave) au deuxième acheteur auprès des ennemis en lui versant le prix payé pour ce deuxième achat; après cette (transaction), le (maître d'origine) aura la faculté ou bien de le (lui) reprendre contre versement des deux prix,[1] ou bien d'y renoncer.

• 3952. Si le maître d'origine demande à reprendre l'(esclave) à celui dans la quote-part de butin de qui il est tombé, et cela contre la valeur (de l'esclave)- ou même celui qui l'a acheté aux ennemis, et cela contre le prix,- puis que le juge musulman décrète cela en sa faveur, ou si le (soldat ou l'acheteur) le lui remet sans décret du juge, puis que ce (soldat ou acheteur, respectivement) dise: "Non, je ne (te) le donnerai pas avant que tu m'ais donné ce qui m'en revient", il a la faculté de le (dire).

comm. Car le titre que ce (nouveau possesseur, soldat ou acheteur) y est vivant, vu la rançon (ou prix) qui a collé à lui à propos de cet (esclave). Donc l' (esclave) pourra être détenu chez lui jusqu'à ce que cette rançon-là lui soit

(1) A lire: بالثمنين comme dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: بالثمن

remboursée. Ce cas ne sera pas moins (obligatoire) que le cas de celui qui rend un esclave en fuite à son maître: celui qui le lui rend a le droit de le détenir jusqu'à ce que le maître lui ait versé la récompense (annoncée). Il en sera donc de même ici.

• 3953. Si le premier maître (de l'esclave) le vend avant même d'en avoir obtenu possession de l'autre homme, cette vente sera nulle et non avenue: quant au cas où il n'a pas encore payé ce qui lui incombe, il est dans l'incapactié de livrer (l'esclave) à l'acheteur; quant à l'autre cas, où il a déjà payé ce qu'il doit, ce sera de même car la marchandise est à la charge (**damân**) de celui qui l'a encore en sa main possédante, cette charge (= responsabilité) découlant du fait de la rançon qui s'était imposé.

comm. Ne vois-tu pas que si l'(esclave) périssait (avant la remise au maître d'origine), il faudrait que le (possesseur) lui rende la rançon? Ce sera comme si la marchandise existait toujours en la main du vendeur, ou en la main de l'acheteur après que la vente a été résiliée du fait de l'annulation du marché (**iqâla**), ou du fait du rejet (de la vente) à cause d'un défaut (trouvé dans la marchandise), et peu importe si c'est avec ou sans décret du juge. C'est ce qui ressemble le plus à notre cas, et c'est pourquoi * nous le signalons ici, pour dire que si le (maître d'origine) 1890
vend l'(esclave) à celui même en la main de qui l'(esclave) se trouve, c'est valide. Nous apprenons ainsi qu'il en est de cet (esclave) comme d'une marchandise qui resterait en la main de l'acheteur après la résiliation de la vente. Car dans ce cas-là (le remboursement) du prix reste à la charge (du vendeur) après que la (marchandise) est revenue au titre originel du vendeur, exactement comme dans le cas présent (en discussion) le remboursement de la rançon reste à sa charge après que l'(esclave) a réintégré le titre originel de la victime de l'enlèvement ennemi. En outre, dans l'autre cas (de la vente ordinaire), il est permis de vendre la marchandise à celui qui l'a en sa main possédante, mais non de la vendre à quelqu'un d'autre (avant d'en avoir obtenu possession); dans le cas présent aussi il en sera de même. Pour cette raison, si la victime de l'enlèvement ennemi (c.-à-d. le maître d'origine) trouve (dans l'esclave en postliminium) un défaut récent, elle a la faculté de le rendre: si c'est avant d'en avoir obtenu possession, elle peut le faire aussi bien avec ou sans décret du juge; et si c'est après, alors, seulement par décret du juge. Cela à l'instar du premier vendeur (dans le cas d'une vente): s'il trouve un défaut d'origine récente (dans la marchandise après que la vente est résiliée entre lui et l'acheteur, il pourra la rendre, à cause du défaut, par décret du juge.

• 3954. Si le maître d'origine (**litt.** la victime de l'enlèvement ennemi) reprend le (postliminium) contre la rançon, et qu'il ne l'ait jamais vu auparavant (bien qu'il fût en son titre de propriété), puis que quand il le voit, l'objet ne lui plaise pas, il n'aura pas la faculté de le rejeter.

comm. Car par la reprise il ne fait que le réintégrer en son titre originel de propriété. Or la faculté de résilier la vente au vu de l'objet est la particularité d'une chose achetée **ab initio**. Dans le cas présent (du postliminium), il n'est pas loisible (au maître d'origine) de rejeter à vue (le postliminium) seulement quand celui-ci n'a

pas changé de la situation où il se trouvait quand il était encore en sa main possédante; mais si cet (objet) a changé en pire, le (maître d'origine) aura la faculté de le rejeter. Car il a agréé de payer la rançon pour réintégrer le (postliminium) tel qu'il était auparavant en son titre d'origine de propriété. Après un changement (en pire), un dérangement (un vice) s'installe par rapport au but (de la réintégration). Voilà pourquoi il a la faculté de le rejeter.

• 3955. (Chaibânî) dit encore: Si l'esclave capturé (par l'ennemi) vaut mille dirhams, et si quelqu'un l'achète pour cent dirhams seulement pour le ramener (en territoire islamique), et que la victime de l'enlèvement ennemi meure, laissant un enfant en bas âge et une dette montant à 500 dirhams, si les créanciers et l'exécuteur testamentaire se présentent tous (pour reprendre l'esclave racheté à l'ennemi), mais que les créanciers refusent de payer la rançon (ici, le prix d'achat payé par celui qui l'a ramené du territoire ennemi), alors l'exécuteur a la faculté de payer les 100 dirhams de la rançon sur les biens de l'enfant (en sa tutelle).

comm. Car il y a là pour l'(enfant) un intérêt évident: on pourra en effet vendre l'(esclave) pour 1000 (dirhams), on remboursera les 500 de la dette et, au
1891 moyen * des 100 (dirhams seulement de la rançon) payés par l'exécuteur, l'enfant gagnera les 500 qui restent. En effet dans un cas où l'intérêt du mineur est réel, le paiement de la rançon par l'exécuteur ne sera pas traité de charité. On raisonne ici par analogie avec la rançon (c-à-d. le dédommagement) à verser lorsque l'(esclave) a commis un tort.

suite: Si, après la reprise par l'exécuteur, le prix dimminue, de sorte que l'(esclave) ne vaut plus que 500 (dirhams), alors on le revendra en faveur des créanciers, et l'exécuteur testamentaire n'aura rien à payer (à l'enfant).

comm. Car l'intérêt pour l'enfant était évident au moment de la (reprise); donc la disposition qu'il a prise s'exécute sur le compte de l'enfant; et quand ensuite le prix diminue, cette (disposition) ne sera pas changée.

Ne vois-tu pas que si l'esclave mourait après que l'exécuteur l'a repris, l'exécuteur ne serait redevable de rien? Il en sera donc de même ici.

• 3956. Si, au lieu d'un créancier, l'enfant a un co-héritier, un frère qui est non seulement absent mais aussi inconnu de l'exécuteur, et si celui-ci rachète l'(esclave) contre une rançon de 100 (dirhams) prélevée sur les biens de l'enfant mineur, puis que l'autre frère se présente, il faut distinguer: si l'exécuteur a payé la rançon sans un décret du juge, il aura payé la moitié de la rançon à titre de charité.

comm. Car par cette moitié, prise sur les biens de cet enfant, il a fait revivre le titre de propriété d'un absent (qui ne lui avait pas demandé de payer la rançon); donc il l'aura payé à titre de charité.

suite: Cela au contraire du cas précédent, où il faisait revivre (par les biens de l'enfant) le titre de l'enfant sur la totalité de l'esclave.

comm. Car la dette n'engloutissait pas (toute la propriété récupérée), vu que

toute la propriété laissée par le défunt (ici, l'esclave) revenait à cet héritier. Ne vois-tu pas ceci? L'héritier a la faculté de dégager de tout encombrement les biens laissés par le défunt, en payant la dette par d'autres moyens, mais aucun héritier n'a la faculté de dégager pour lui-même tout seul une propriété encombrée, en payant la dette aux frais de la part d'héritage qui doit revenir à un autre héritier.

• 3957. * Certes si l'exécuteur a payé la rançon sur ordre du juge, il dira à 1892
l'absent (lors de son retour): "Si tu veux, remboruse la moitié de la rançon et ainsi l'esclave (récupéré) sera moitié moitié entre toi et le petit (ton frère), sinon nous rendrons l'(esclave) à celui qui l'a acheté aux ennemis".

comm. Car si l'exécuteur paie une rançon sur ordre du juge, on ne le considère pas comme agissant à titre de charité. Cette disposition (de racheter pour un prix dérisoire, l'esclave enlevé par l'ennemi, à la personne qui l'a acheté aux ennemis) était dans l'intérêt du garçon mineur, et (si l'exécuteur l'annule à cause du refus de l'autre frère), elle ne se perdra pas au détriment du (mineur), car quand il atteindra l'âge de puberté (**litt.** il grandira), il pourra toujours récupérer l'(esclave) contre le paiement des 100 dirhams de la rançon, s'il le veut; et dans ce cas, il aura payé la moitié de la rançon, pour son frère, à titre de charité (et du même coup la moitié de l'esclave ira à l'autre frère, comme co-héritier).

• 3958. (Chaibânî) continue: Si celui qui achète cet (esclave) aux ennemis l'achète pour 200 dirhams, et si le défunt (c.-à-d. le propriétaire d'orgine) a une dette de 900 (l'esclave en valant 1000), l'exécuteur n'a pas la faculté de reprendre l'esclave), pour le compte du mineur, contre 200 (dirhams).

comm. Car après le remboursement de la dette au moyen du prix de l'(esclave à récupérer) il ne restera pour le mineur que 100 dirhams (cependant qu'il en aura payé 200); et là, il y a une perte évidente pour le mineur (et l'exécuteur ne doit donc pas le faire).

• 3959. Mais si l'exécuteur le fait quand même, sans un décret du juge, on le considérera comme ayant payé cette rançon à titre de charité.

comm. La raison en est ce que nous venons d'évoquer, à savoir que cette disposition n'était point dans l'intérêt du mineur.

suite: Si l'esclave a pu être vendu, par la suite, pour deux fois son prix (le prix
payé lors de l'achat * par l'exécuteur, alors que c'était désavantageux pour le mineur 1893
eu égard à la dette de son père), et si après paiement de la dette il en restait quelque chose, ceci irait au garçon mineur, tout en maintenant que la rançon payée par l'exécuteur l'aurait été à titre de charité.

Car ce qu'on prend en considération c'est la situation au moment de la reprise (du postliminium). Or à ce moment-là la reprise n'était pas dans l'intérêt du garçon. Donc cette décision ne changera pas, par la suite, à cause de l'augmentation (de la valeur de l'esclave. On a vu plus haut que si l'esclave mourait, ce serait également sur le compte du mineur).

• 3960. A supposer que l'exécuteur verse la rançon sur ordre du juge, et que le juge n'ait pas eu connaissance de la dette quand il a donné cet ordre, alors dans ce cas l'exécuteur ne sera pas considéré comme ayant payé à titre de charité (malgré la perte pour le garçon); toutefois le juge donnera le choix au créancier: s'il le veut, il endossera la rançon dans la proportion de sa créance-ce qui représente ici les 9/10 de la rançon-; sinon on rendra l'esclave à celui à qui on l'avait repris (à titre de postliminium). Donc si le créancier est d'accord, on remboursera le prix à celui qui avait acheté (l'esclave aux ennemis), puis on vendra l'esclave, pour qu'avec cela le créancier obtienne paiement de la dette, le reste allant au mineur.

• 3961. Au contraire, si une diminuation a lieu dans l'esclave, soit du point de vue physique ou du point de vue de sa valeur, en sorte que par la vente on ne réalise que le montant suffisant pour payer la dette, ou même moins, le garçon mineur ne pourra récupérer du créancier quoi que ce soit de sa part de la rançon.

comm. Car ce qu'on prend en considération c'est la situation au moment de la reprise. Si par la suite un augmentation ou une dimminution a lieu (dans la valeur de la chose reprise), les parties n'en seront pas redevables les unes aux autres.

suite: Ce sera à l'instar du cas où l'esclave (repris) meurs après le versement de sa rançon: alors personne n'en est redevable à personne en quoi que ce soit.

comm. Un cas semblable est celui où un esclave faisant partie des biens laissés par un défunt blesse quelqu'un jusqu'à mettre l'os à découvert, et que l'héritage soit encombré de dettes, alors la rançon (le dédommagement) de ce tort sera comme la rançon pour racheter un prisonnier, dans tous les cas que nous venons de mentionner. Et Dieu sait mieux.

1894

* Chapitre (182)
DE LA CAPTURE DE L'ESCLAVE D'UN APOSTAT, AVANT OU DEPUIS L'APOSTASIE

• 3962. Chaibânî dit ceci: Si les mécréants capturent l'esclave d'un des Musulmans et le mettent en sécurité au moyen de leur territoire, puis que son maître renie l'Islam -Dieu nous en garde!- se réfugiant sur le territoire de l'ennemi en guerre, si par la suite les Musulmans reprennent aux mécréants (ennemis) cet esclave prisonnier, alors il fera partie du butin de celui qui l'aura capturé.

Le cheikh, l'imâm (Sarakhsî) dit: Nous avons déjà mentionné (cf. chapitre 178) que si un apostat se réfugie sur le territoire ennemi et qu'aucun décret du juge musulman ne constate le fait, son cas sera comme celui d'un simple absent; mais si un décret du juge le constate, ce sera comme la mort (de l'apostat). On sait que dans le cas de la mort de quelqu'un dont l'esclave a été fait prisonnier, ses héritiers lui succèdent pour la reprise de l'esclave prisonnier (récupéré), en ne payant rien si c'est avant son partage en butin, et contre la valeur si c'est après le partage. Il en sera exactement de même si le juge a décrété que l'(apostat) avait gagné le territoire

ennemi; et dans ce cas il sera égal que les mécréants capturent l'esclave avant l'apostasie de son (maître) ou après son apostasie mais avant qu'il ait gagné le territoire ennemi, ou même après qu'il a trouvé refuge sur le territoire ennemi mais avant que le juge (musulman) l'ait constaté par décret.

Si c'est un apostat dont la fuite en territoire ennemi n'a pas été constatée par un décret du juge, et s'il rentre en renouvelant son Islam, et que son esclave ait été capturé en butin (par les Musulmans), alors le (maître d'origine) le reprendra sans rien payer, si c'est avant le partage; et contre la valeur, si c'est après le partage. Ce sera à l'instar d'un simple absent qui réapparaît.

• 3963. Si un apostat rentre (du territoire ennemi), tel quel, comme apostat, puis qu'il le soit encore quand l'ennemi capture son esclave, et que plus tard l'esclave tombe dans le butin capturé (par les Musulmans), * alors selon la déduction 1895 analogique faite sur la base d'un avis d'Abû Hanîfa, il faut distinguer: s'il le retrouve avant le partage, il le reprendra sans rien payer, mais s'il le retrouve après le partage, il ne pourra pas le reprendre contre la valeur; au contraire on attendra pour voir s'il va embrasser de nouveau l'Islam ou s'il va être puni de mort: donc s'il embrasse de nouveau l'Islam, c'est lui, et s'il est puni de mort alors ce sont ses héritiers qui ont la faculté de reprendre l'(esclave en postliminium) contre la valeur.

comm. Car Abû Hanîfa est d'avis que les dispositions prises par apostat soient laissées en suspens, à l'exception d'un don, qu'il peut accepter. Or la reprise du (postliminium) avant le partage du butin a le même sens (celui d'un don), car il le réintègre gratuitement en son titre originel de propriété. Mais selon l'avis de Chaibânî, il a la faculté de le reprendre contre la valeur, après * le partage aussi. Car (Chaibânî) croit aux dispositions que l'apostat a prises pendant l'apostasie, qu'elles aient une contrevaleur ou non.

Si l'(apostat), après avoir appris (que son esclave enlevé par l'ennemi est tombé dans le butin des Musulmans), ne l'a pas encore pris quand il est puni de mort, alors ses héritiers auront la faculté de le reprendre, vu qu'ils remplacent ce (maître) après sa mort.

• 3964. A supposer que l'apostat rentre en tant qu'apostat après que le juge musulman a constaté sa fuite en territoire ennemi, puis qu'il n'ait pas encore embrassé l'Islam de nouveau, quand son esclave enlevé (par les ennemis) tombe dans le butin des Musulmans, alors il ne peut rien faire contre l'(esclave).

comm. Car il est (juridiquement) mort, à cause du décret du juge musulman, tant qu'il n'embrasse pas de nouveau l'Islam; donc le droit à la reprise est obtenu par ses héritiers et non par lui.

suite: Cela au point que s'ils trouvent l'(esclave) avant le partage du bitin, ils le reprendront sans rien payer, et s'ils le trouvent après le partage, ils le reprendront contre la valeur, s'ils le veulent.

Si ces (héritiers) paient la valeur en la prenant sur les biens qu'ils ont hérités de cet apostat, puis que celui-ci embrasse de nouveau l'Islam, il aura le droit de leur

reprendre les biens qui restent encore en leur main (et non ce qu'ils ont consommé), et il reprendra aussi cet esclave. Toutefois il leur versera le montant des dommages qu'ils ont payés à propos de cet (esclave, pris même sur les biens hérités de cet apostat).(1)

1896 **comm.** * Car en reprenant l'(esclave en postliminium), ils le réintègrent dans le titre originel de propriété de cet (apostat).

suite: En ce qu'ils versent comme rançon (pour récupérer l'esclave) on ne considérera toutefois pas qu'ils l'aient fait à titre de charité.

comm. Car ils ont voulu en acquérir le titre de propriété pour eux-mêmes.

• 3965. Si l'(apostat reconverti) dit: "Mais ces (héritiers) ont payé la valeur (au soldat musulman bénéficiaire du butin) en la prenant sur mes biens, donc je ne la leur rembourserai pas", il n'aura pas la faculté de dire cela.

comm. Car ce qu'ils ont payé (en rançon) est ce qu'ils ont consommé. Qu'ils paient cette (rançon) sur les biens hérités de cet (apostat) ou sur quelque chose d'autre, c'est égal.

Ne vois-tu pas ceci? Si un des héritiers achète l'esclave en question auprès de l'ennemi, et verse le prix en le prenant sur les biens hérités de cet apostat, puis que l'apostat rentre reconverti à l'Islam et qu'il veuille reprendre cet esclave sans rien payer (à son héritier), cela ne lui sera pas possible: il doit ou le reprendre pour le prix ou y renoncer.

• 3966. A supposer que les héritiers laissent l'esclave (en postlimnium) au soldat qui l'a obtenu pour sa quote-part du butin, puis que cet apostat rentre reconverti à l'Islam et qu'il veuille reprendre l'(esclave) contre la valeur, il n'en aura pas la faculté.

comm. Car quand les héritiers renoncent au droit à la reprise, c'est comme s'ils le consommaient. Or l'apostat n'a pas le droit de récupérer ce qui est consommé (**litt.** le droit de l'apostat ne réapparaît pas dans ce qui est consommé).

Une autre raison en est que cet (esclave) n'a pas échu aux héritiers en tant qu'héritiage de cet apostat.

Ne vois-tu pas ceci? Si les héritiers achètent l'(esclave) à celui qui l'a obtenu pour sa quote-part du butin, (au lieu de le lui reprendre en tant que postliminium), puis que l'apostat rentre reconverti à l'Islam, il n'aura pas la faculté de le leur reprendre, étant donné qu'ils ont obtenu l'(esclave) comme une nouvelle (**litt.** future) propriété (et non comme une ancienne appartenant à l'origine à l'apostat). Ce (genre d'acquisition) est bien l'indice du fait qu'ils ont renoncé (au droit à la reprise). Ce sera ainsi à plus forte raison, si le renoncement est exprès et précis.

• 3967. Si les (soldats) musulmans capturent (sur le territoire ennemi) et

(1) Voir plus loin pour les arguments de notre auteur.

l'apostat et son esclave qui a été fait prisonnier (par les ennemis)- et cela avant que le juge musulman ait constaté par décret la fuite (de l'apostat)- puis que ce maître embrasse de nouveau l'Islam, il n'aura rien à faire avec l'esclave.

comm. * Car au moment où cet (esclave) est tombé dans le butin (musulman), 1897
le (maître) était un ennemi en guerre et en état de prisonnier; donc il n'acquiert pas le droit à la reprise (du postliminium) sur les butins capturés par les Musulmans, et ce droit n'est pas acquis non plus à ses héritiers, étant donné que le juge musulman n'a pas décrété sa fuite en territoire ennemi pour (qu'il soit **de jure** considéré comme mort et) que l'héritage s'ensuive.

suite: Si ce maître embrasse de nouveau l'Islam, il n'acquiert aucun droit à cet (esclave).

comm. Ne vois-tu pas ceci? S'il avait un esclave, apostat comme lui, qui se trouvait sur le territoire ennemi, puis que le maître aussi le rejoignait là-bas, et si par la suite on les capturait tous les deux, l'esclave ferait partie du butin, et le maître d'origine n'y aurait aucun droit. Il en sera ainsi à plus forte raison ici, vu que dans l'autre cas le maître avait le titre de propriété sur cet esclave sur le territoire ennemi aussi, tandis qu'ici il n'a pas le titre de propriété sur cet (esclave) qui se trouvait sur le territoire ennemi, en tant que prisonnier capturé (par les ennemis).

A supposer que les héritiers veuillent reprendre l'(esclave en postliminium) et que l'apostat (le maître d'origine) ne soit pas rentré reconverti quand on le fait prisonnier de guerre, alors le juge musulman décrétera que cet (apostat) a gagné le territoire ennemi, comme il pouvait le décréter avant qu'on l'ait fait prisonnier de guerre.

comm. Car la capture comme prisonnier de guerre ne fait par sortir un (apostat) de sa qualité de belligérance. Rien d'autre: On le considère comme mort, lors du décret du juge musulman, parce qu'il est devenu belligérant.

• 3968. Puis quand le juge décrète que les héritiers lui succèdent, ceux-ci acquièrent le droit de reprendre l'(esclave en postliminium) sans rien payer si le butin n'est pas encore partagé, et contre la valeur s'il est déjà partagé.

A supposer que cet apostat rentre reconverti à l'Islam -avant que le juge musulman ait décrété que ses biens aillent à ses héritiers, ou après, [1] peu importe- alors ni lui ni ses hérities n'ont aucun droit à reprendre l'esclave, dans ce cas.

comm. Quant à lui, c'est ainsi parce qu'il était un ennemi en guerre au moment où son esclave (fait prisonnier par l'ennemi) est tombé dans les butins (capturés par les Musulmans). Et quant à ses héritiers, c'est également ainsi parce que s'ils reprennent l'(esclave), ils ne font que le réintégrer dans le titre originel de propriété de cet (apostat). Dans ce cas, c'est lui qui y aurait le plus de droit (vu qu'il est redevenu Musulman et est en vie), mais nous venons de mentionner que dans le cas présent il n'y a aucun droit.

---

(1) Ainsi بعده dans le ms de Beyrouth, l'éd. portant: بعيد

suite: Au contraire, s'il ne rentre pas reconverti à l'Islam, alors ses héritiers
1898 reprendront * l'(esclave en postliminium) pour eux -mêmes, vu qu'ils font partie de ceux qui ont capacité pour qu'on établisse en leur faveur le droit à ce butin. A supposer qu'ils le reprennent avant que l'apostat soit rentré reconverti à l'Islam, puis que celui-ci rentre en redevenant Musulman, il aura sur l'(esclave) un droit plus fort que le leur.

comm. Car les (héritiers) n'ont fait que réintégrer cet (esclave dans le titre originel de propriété de cet (apostat), vu qu'ils ont obtenu possession de l'(esclave) en tant qu'héritiers de cet (ex-apostat).

suite: Toutefois le (maître d'origine, l'ex-apostat) leur remboursera ce qu'ils peuvent avoir versé pour dédommager du butin (ici, l'esclave).

comm. Car ils ne l'ont pas fait à titre de charité.

• 3969. A supposer que l'apostat soit rentré, reconverti à l'Islam, avant qu'on ait recapturé son esclave (enlevé par les ennemis), mais que par la suite celui-ci tombe dans les butins capturés (par les Musulmans), alors l'(ex-apostat) a le droit le plus fort pour reprendre l'(esclave), et cela sans rien payer si c'est avant le partage des butins, et contre la valeur, si c'est après.

comm. Car au moment où l'(esclave) tombe dans le butin, (1) cet homme fait partie de ceux qui ont capacité pour qu'on établisse en leur faveur le droit à ce (postliminium), donc il a la faculté de le réintégrer, par la reprise, dans son titre originel de propriété.

• 3970. Si (l'armée musulmane) capture le maître et son esclave ensemble, puis que le chef de l'Etat musulman les incarcère pour réfléchir à leur propos, si ensuite les héritiers (de ce maître apostat) se présentent pour réclamer l'esclave, et si le chef de l'Etat a déjà consaté par décret que cet (apostat) s'était réfugié sur le territoire ennemi, alors ils ont le droit à la reprise de l'(esclave).

comm. Car cet (apostat) est mort **de jure,** à cause du décret du juge (chef de l'Etat), tant qu'il ne se reconvertit pas à l'Islam.

suite: Dans ce cas, supposons que les (héritiers) reprennent l'(esclave) puis qu'ils le vendent, et que l'apostat rentre reconverti après qu'on a pris cette disposition (de la vente), il n'a pas le droit de le reprendre à l'acheteur.

1899 **comm.** * Car les (héritiers) l'ont "consommé" par la vente.(2) Or nous avons déjà mentionné que le droit de l'apostat ne se réintègre pas en ce qui est consommé.

• 3971. Si au lieu d'un homme c'est une femme qui apostasie, et que le reste des circonstances soit le même, elle n'a aucun droit à ses biens, ni non plus à son

---

(1) A lire: الغنيمة comme dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: القسمة

(2) Aura-t-il droit au prix s'il es intact en la main des héritiers? Nous pensons que oui, bien que l'auteur n'en parle pas.

esclave capturé (sur les ennemis par les Musulmans), et peu importe s'il est capturé en même temps qu'elle, ou avant ou après elle.

comm. Car dès qu'on la capture, elle devient un butin, chose qui équivaut (**de jure**) à sa mort, en ce qui concerne ses biens, peu importe si elle embrasse de nouveau l'Islam ou non. Donc le droit à la reprise (de l'esclave en postliminium) revient à ses héritiers.

suite: Au contraire si elle rentre reconvertie à l'Islam sans qu'on la capture comme prisonnière de guerre, alors sa situation sera comme celle d'un homme apostat dans tous les aspects décrits par nous.

comm. Car elle est restée femme de statut libre, comme c'est le cas d'un homme apostat qui reste homme libre, et pour qui c'est égal qu'il revienne reconverti ou qu'il soit fait prisonnier de guerre (par les Musulmans), puis, qu'il embrasse de nouveau l'Islam. Et Dieu sait mieux.

* Chapitre (183) 1900
DU JUS RETRACTUM EN FAVEUR DE L'APOSTAT.

• 3972. Si une maison, à côté de celle d'un apostat, est vendue, que cette vente ait lieu avant son apostasie et qu'il ait apostasié seulement après, s'il n'a pas su l'affaire de la vente avant de se réfugier sur le territoire ennemi, puis qu'il rentre reconverti avant même que le juge musulman ait constaté par décret sa fuite, et que ce soit seulement à ce moment qu'il apprend la vente, s'il réclame alors le **jus retractum,** il a la faculté de reprendre la (maison).

comm. Car si la fuite (en territoire ennemi) n'est pas confirmée (**litt.** atteinte) par un décret du juge, elle est comme une simple absence (disparition). Or un absent continue de jouer du **jus retractum** quand il réapparaît.

Si le juge musulman a constaté par décret la fuite de l'(apostat) en territoire ennemi, alors ses héritiers n'ont pas le **jus retractum**. Car le **jus retractum** n'est pas une chose qu'on hérite.

suite: Puis, cette vente a eu lieu avant que ce droit ait pu s'établir en faveur des ses héritiers.

Si un apostat (en fuite sur le territoire ennemi) rentre reconverti, il n'a plus le **jus retractum** (dans la transaction passée).

comm. Car quand le juge constate par décret que cet homme s'est réfugié sur le territoire ennemi, il fait que la maison de cet homme échoit à ses héritiers en toute propriété. Ainsi * s'évanouit pour cet (apostat) toute qualité de voisinage (avec 1901
l'autre maison en vente) et par conséquent, son **jus retractum** est annulé aussi.

• 3973. (Chaibânî) continue: Si l'apostat s'est réfugié sur le territoire ennemi avant qu'ait eu lieu la vente de la maison (de son voisin),objet du **jus retractum,** et

que la vente ait lieu seulement après, puis que l'apostat rentre reconverti, -peu importe si c'est avant ou après le décret du juge constant sa fuite, -il n'aura pas le **jus retractum**.

comm. Car la maison (de son ancien voisin) est vendu à un moment où lui-même est un belligérant qui (etant sur le territoire ennemi) ne jouit pas de la protection. Or un belligérant ne jouit pas du **jus retractum** pour des vents qui ont lieu sur le territoire islamique.

1902 * Ne vois-tu pas ceci? Si après s'être réfugié sur le territoire ennemi l'apostat vendait sa maison (sur le territoire islamique), celle-là même au moyen de laquelle il réclame le **jus retractum**- ou même s'il déléguait quelqu'un pour la vente, - ce ne serait pas valide. Cela montre que cet homme est devenu un belligérant, et qu'il ne jouit plus du **jus retractum** sur la base de cette maison (à lui qui n'est plas considérée comme la sienne).

suite: Certes si ses héritiers réclament de prendre (la maison voisine) sous le **jus retractum,** alors le juge décrétera qu'on établisse en leur faveur le titre de propriété (de la maison de l'apostat en fuite) à partir du moment de sa fuite en tant qu'apostat sur le territoire ennemi.

comm. Cela montre que la vente de la maison (voisine) a lieu après que les (successeurs de l'apostat ont obtenu un titre de propriété sur la maison de cet apostat, et qu'ils ont ainsi) obtenu les droits (concomitants); ils auront donc le **jus retractum.**

C'est un autre exemple de la règle énoncée par Abû Hanîfa à propos de quelqu'un qui achète une maison sous réserve de choix, et qui, une fois que la maison voisine de cette maison est vendue aussi, renonce au choix (c.-à-d. rend définitif l'achat): si ensuite il aprend la vente (de la maison voisine) et réclame le **jus retractum,** il l'aura.

Si l'on disait: "Mais dans cet autre cas l'acheteur a la capacité de prender des dispositions sur la marchandise, tandis que dans le cas présent les héritiers (de l'apostat) n'ont pas la capacité de prendre des dispositiona sur les biens de l'apostat, tant que le juge n'a pas constaté par décret que l'(apostat) s'est réfugié sur le territoire ennemi". Nous dirions: Oui, mais le titre sur le **jus retractum** découle de la propriété, et non de la capacité qu'on a d'y prendre des dispositions. En effet dans les deux cas (de l'achat sous réserve, et de la succession de l'apostat) le titre de propriété n'appartenait pas à celui qui réclame le **jus retractum,** au moment de la vente (de la maison voisine), mais la cause donnant droit au titre de propriété était certes parfaite, et le droit d'autrui en était coupé. En outre, dans l'autre cas (de l'achat sous réserve), le titre sur le **jus retractum** n'est établi que quand le titre de propriété sur la (maison) est parfait; il en sera donc de même ici (lors de la succession de l'apostat).

Ne vois-tu pas ceci? Si un **mukâtab** (esclave ilbérable sur paiement de la somme contractée à son maître) meurt après avoir versé entièrement ce que de droit

('an wafâ') et qu'il ait des héritiers de statut libre, puis qu'une maison voisine de sa maison soit vendue, mais que les (héritiers) n'aient pas eu connaissance de la vente, avant que la somme contractée par le **mukâtab** soit complètement payée[1] et que ce soit seulement après cela qu'ils apprennent la nouvelle de la vente, ils auront le **jus retractum,** même s'ils n'avaient pas la capacité de prendre des dispositions dans l' (affaire), au moment du la vente.

• 3974. Si un ennemi en guerre, se trouvant sous sauf-conduit une maison sur notre territoire et qu'une maison voisine à la sienne soit vendue, il aura la faculté de la reprendre en vertu du **jus retractum**.

comm. * Car tant qu'il se trouve sur notre territoire en jouissance du sauf 1903
conduit, il est, dans les affaires contractuelles, comme un Dhimmî (sujet non-musulman de l'Etat islamique).

suite: A supposer que cet (étranger n'ait pas su, avant de regagner le territoire ennemi, que le vente avait eu lieu, s'il revient ensuite (chez nous) sous sauf-conduit, il n'aura pas le **jus retractum** (pour cette ancienne vente).

comm. Car dès qu'il rentre (chez lui), il redevient belligérant et pareil à quelqu'un qui ne se serait jamais rendu sur notre territoire. Un belligérant n'a rien pour créer ou maintenir un **jus retractum,** sur le territoire islamique. Il en sera donc de même quand la maison (voisine) est vendue après qu'il est rentré sur le territoire ennemi. Pour ce point juridique, il ne jouira pas du **jus retractum.**

• 3975. (Chaibânî) dit: Si la maison voisine de la maison d'un apostat est vendue avant que celui-ci se réfugié sur le territoire ennemi et qu'il réclame la reprisé de cette (maison) en verttu du **jus retractum,** il en aura le droit.

comm. Cela selon l'avis de Chaibânî; mais selon celui d'Abû Hanîfa, il n'en aura pas le droit avant d'avoir embrassé de nouveau l'Islam, au contraire du cas d'une apostate. Cet avis est fondé sur les dispositions qu'un apostat est autroisé à prendre, comme nous l'avons déjà mentionné (cf. ch. 178 supra, et IV 187).

• 4337. A supposer qu'il apprenne la nouvelle de la vente pendant qu'il est apostat, qu'il ne se reconvertisse pas à l'Islam, et qu'il ne réclame pas le **jus retractum,** alors son **jus retractum** est annulé même alors qu'il a la capacité de le réclamer- par exemple quand il embrasse de nouveau l'Islam- cela parce qu'il a renoncé à réclamer (le **jus retractum**).[2] Et Dieu sait mieux.

---

(1) Cela implique, lors de la vente, le **mukâtab** n'avait pas encore complètement payé la somme contractée, contrairement à ce qui paraît du début de la phrase.

(2) C'est probablement le sens; le texte est un peu obscur.

1904 *** Chapitre (184)**

DES APOSTATS OU AUTRES PAIENS ARABES SE TROUVANT SUR LE TERRITOIRE ENNEMI: QUI D'ENTRE EU EST SUSCEPTIBLE D'ÉTRE RÉDUIT EN ESCLAVAGE ET QUI NE L'EST PAS; ET DE MEME QUI D'ENTRE EUX SERA HOMME LIBRE, LORS DE LA CONVERSION À L'ISLAM, ET QUI NE LE SERA PAS

• 3977. Si un couple marié apostasie et gagne le territoire ennemi et que, la femme y devienne enceinte de l'homme, pour donner naissane à un enfant, et si par la suite les Musulmans capturent cet enfant en bas âge, alors non seulement il fera partie du butin mais on l'obligera aussi à devenir Musulman.

comm. Car ses parents étaient Musulmans à l'origine; et un enfent suit ses parents pour être Musulman. Si cet enfant avait été Musulman à l'origine, un l'aurait obligé à redevenir Musulman quand on l'eût fait prisonnier de guerre; il en sera donc de même dans le cas présent .

suite: A supposer que ce couple donne (un jour naissance) à un petit-enfant (enfant de leur enfant), puis que les Musulmans le capturent, il fera partie du butin, mais on ne l'obligera pas à devenir Musulman.

comm. Car c'est son grand -père qui était Musulman à l'origine, et nous avons déjà mentionné qu'un **nâfila** (descendant lointain?) n'est pas considéré comme suivant son grand-père pour être Musulman. Voilà pourquoi l'on l'obligera pas à devenir Musulman, au contraire son statut légal sera le même que celui du reste des mécréants.

• 3978. (Chaibânî) continue: Si un apostat gagne le territoire ennemi en émportant ses biens, et si par la suite nous capturons ces biens, ceux-ci feront partie du butin et n'appartiendront pas aux héritiers de l'(apostat).

comm. Car il s agit des biens d'un ennemi en guerre, alors que le droit des héritiers (d'un apostat) ne s'établit que sur ceux de ses biens qu'il abandonne sur le territoire islamique; quand à ce qu'il emporte avec lui sur la territoire ennemi, on n'y établit pas le droit de ses héritiers.

1905 • 3975. * A supposer que cet (apostat) gagne le territoire ennemi, puis qu'il rentre pour prendre quelques -uns de ses biens et les emporter sur le territoire ennemi, si par la suite nous capturons ces biens- là, nous les rendrons à ses héritiers, comme on rend (le postliminium) à d'autres que ces (héritiers).

comm. Cela selon l'avis d'Abû Hanîfa, mais selon l'avis de Chaibânî il faut distinguer:

S'il rentre (sur le territoire islamique) avant que le juge musulman ait constaté par décret que cet homme a gagné le territoire ennemi,.alors les héritiers n'auront rien à faire avec ces biens (capturés par l'armée musulmane); et s'il rentre après que

le juge a constaté sa fuite, alors ses héritiers auront le droit de les reprendre sur le butin sans rien payer s'ils les trouvent avant leur partage, mais contre la valeur si c'est après le partage.

A vrai dire , il n'y a pas de divergence entre les deux (maîtres juristes), car Abû Hanîfa a donné une réponse générale, tandis que Chaibânî donne des détails. A noter que si cet (apostat) rentre avant que le juge ait constaté sa fuite, alors sa première fuite aura le statut d'une simple disparition, tandis qu'on prendra (pour définitive) sa deuxième fuite, quand il est accompagné de ses biens, et ce sera alors comme si, (à ce moment-là), il se réfugiait avec ses biens sur le territoire ennemi. Au contraire, si le juge a constaté sa fuite, alors ses biens sont dévolus en héritage à ses héritiers; et, comme il est devenu un ennemi en guerre, ce sera comme s'il faisait une razzia dans le territoire islamique et pillait les biens appartenant à ses héritiers, pour les mettre en sécurité (sur le territoire ennemi). Si quelqu'un d'autre que l' (apostat) pillait ces biens, puis que ceux-ci tombent dans le butin (des Musulmans), des (victimes du pillage, la héritiers de l'apostat) eur aient le droit de reprendre ces biens sans rien payer si c'était avant le partage des butins, et contre la valeur si c'était après. Il en sera donc de même dans le cas présent (du pillage par l'apostat).

Si un **mukâtab** (esclave libérable sous condition de payer la somme contractée à son maître) apostasie pour se réfugier ensuite sur le territoire ennemi, et s'il gagne (là-bas) des biens pour être capturé par la suite en compagnie de ses biens et pour être mis à mort, on dépensera ces biens pour payer la somme contractée à son maître (d'origine), et ce qui en restera sera héritage pour ses proches parents (musulmans); cela au contraire du cas d'un homme libre.(1)

comm. *Car les gains d'un **mukâtab***(2) sont pour le droit de son maître; et le contrat de libération d'un **mukâtab** subsiste même après qu'il se réfugie sur le territoire ennemi. En effet si une mort **de facto** n'annule pas le contrat du **mukâtab**, une mort **de jure** ne l'annulera pas, à plus forte raison. Et tant que le droit de son maître subsiste sur ce que le (**mukâtab**) gagne, cela empêche que ces biens puissent devenir un butin (pour les conquérants musulmans; au contrain ils constituent une espèce de postliminium, biens du maître musulman récupérés par l'armée musulmane sur le territoire ennemi). Pour cette raison, ce qu'il agagné sur le territoire islamique et ce qu'il a gagné sur le territoire ennemi sont pareils. Quant à l'apostat de statut libre, (3) dès qu'il se réfugie sur le territoire ennemi, il devient belligérant, et aucun Musulman n'a droit (de postliminium) aux biens que cet (apostat) y gagne par la suite; donc si on capture ces biens, ils feront partie du butin pour les Musulmans (conquérants).

• 3980. * Si un esclave appartenant à un belligérant embrasse l'Islam nous 1906
avons déjà mentionné(4) que si cet (esclave) sort vers nous en dépit de (son maître)

(1.2) Les passages *_* manquent à l'éd., suppléés d'après le MS de Beyrouth, où on lit:
(3) A lire: حر comme dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: الحربي
(4) Voir par exemple supra III, 16 et 305, IV, 102; cf. aussi infra IV, 204.

et que les Musulmans le fassent prisonnier, il sera homme libre, pour s'être mis lui-même en sécurité (au moyen du territoire islamique); mais s'il sort vers nous sous sauf-conduit, pour faire du commerce au compte de son maître, il ne se libérera pas.

comm. Car il n'a pas cherché à se mettre en sécurité vis-à-vis de son maître. Toutefois on ne le laissera pas regagner le territoire ennemi, vu qu'il est un Musulman; au contraire, on la vendra (à un Musulman) et on gardera le prix pour que son maître (ennemi) vienne en prendre possession.

• 3981. A supposer que cet esclave n'ait pas embrassé l'Islam, mais qu'il soit venu, malgré son maître, pour devenur un Dhimmî chez nous, il deviendra homme libre.

comm. Car il se met ainsi à l'abri vis-à-vis de son maître. Or la qualité de Dhimmî est, comme la conversion à l'Islam, un moyen de se mettre à l'abri.

suite: Au contraire s'il vient sous sauf-conduit, il restera esclave de son maître, et on ne l'acceptera pas comme Dhimmî, Au contraire, on lui donnera ordre de regagner le territoire ennemi, pour honorer le sauf-conduit (c.-à-d. pour que le gouvernement musulman honore le sauf-conduit a indirectement donné au maître de cet esclave).

• 3982. A noter que si le juge musulman constate par décret qu'un apostat s'est refugié sur le territoire ennemi, (c'est **de jure** la mort de l'apostat, donc) ses **umm-walad** (auxquelles leur maître a fait un enfant, et qui sont donc automatiquement libérables à la mort de leur maître) seront émancipées; ses **mudabbar** (esclaves liberables à la mort du maître) obtiendront aussi leur émancipation si leurs valeurs ne dépassent pas le tiers de la totalité des biens laissés par le "défunt"; et ses dettes payables à terme deviendront payables immédiatement.

comm. Car cette (fuite) est comme sa mort. Donc tout statut légal qui s'établirait à sa mort **de facto,** s'établira aussi (lors de sa mort **de jure**).

• 3983. Si un apostat gagne le territoire ennemi, qu'il ait un esclave musulman
1907 ou une esclave musulmane, * et que ces (esclaves) sortent avec lui: de bon gré ou sous contrainte, peu importe, aucun d'eux n'obtiendra la liberation automatique, et ils resteront ses esclaves.

comm. Les uns disent que c'est là l'avis de Chaibânî, et ils précisent que selon l'avis d'Abû Hanîfa il faut statuer que ce sont des gens libres, à l'instar d'un ennemi venu chez nous sous sauf-conduit qui achèterait un esclave musulman et l'amènerait sur le territoire ennemi, étant donné que l'apostat devient belligérant dès qu'il gagne le territoire ennemi et qu'il ne jouit plus de protection (de la part des Musulmans). Les autres disent que non, mais que c'est l'avis de tous les maîtres juristes; et qu'Abû Hanîfa ne s'en écarte pas, mais dit que dans cet autre cas du touriste venu sous sauf-conduit, on l'obligera à se démettre du titre de propriété qu'il a sur l'esclave musulman. Cette démission du titre aura toutefois lieu par la vente, afin d'honorer le sauf-conduit octroyé. Mais quand cette (obligation d'honorer le sauf-conduit) prend

fin, parce que l'homme a gagné le territoire ennemi, alors se parfait la démission du titre de propriété (que l'ennemi a sur son esclave musulman). Mais en ce qui concerne l'apostat, on ne le contraint pas à se démettre du titre de propriété qu'il a sur son esclave (musulman), avant qu'il lui ait fait gagner, en sa compagnie, le territoire ennemi. Donc dans ce cas non plus il ne se démet pas de son titre de propriété s'il fait gagner à l'(esclave) le territoire ennemi, car l'(apostat) est alors devenu un belligérant qui possède un esclave musulman, et donc il est à l'instar d'un belligérant dont l'esclave embrasserait l'Islam (sur le territoire ennemi).

suite: Si on fait prisonniers de guerre cet apostat et avec lui son esclave musulman, alors cet esclave deviendra homme libre.

comm. Car il s'est mis en sécurité avant que les Musulmans (conquérants) l'aient mis en sécurité.(1) Etre de soi-même est en effet chose plus forte.

• 3984. Si, au lieu, d'un apostat, il s'agit d'une apostate, la réponse sera la même quant aux esclaves, mais le statut sera différent quant à l'apostate elle-meme.

Car l'apostate (capturée par l'armée musulmane) fera partie du butin, au contraire du cas de l'apostat. A supposer que l'apostat invite son esclave à apostasier, et que celui-ci y réponde favorablement, si par la suite on les fait prisonniers de guerre, alors l'esclave fera partie du butin.

comm. Car dans ce cas l'(esclave) ne se met pas en sécurité, vu qu'il est lui aussi devenu un belligérant. Toutefois s'il s'agit d'un esclave et s'il refuse de se reconvertir à l'Islam, il sera puni de mort; et s'il s'agit d'une esclave, on ne la punit pas de mort, mais on l'incarcère et on la contraint à embrasser de nouveau l'Islam. Cela à l'instar d'une apostate de statut libre.

• 3985. * Si un apostat, qui se réfugie sur le territoire ennemi, amène de gré ou 1908
de force son **umm walad,** sa **mudabbara** ou sa **mukâtaba** (toutes esclaves, mais libres en puissance), et si elles sont des Musulmanes, et que par la suite les Musulmans les fassent prisonnières de guerre, elles seront femmes libres, dans tous les cas.

comm. Car l'émancipation s'est instaurée en elles. Nous avons déjà mentionné que si une esclave, en qui l'émancipation ne s'est pas instaurée, est fait prisonnière de guerre dans les circontances en question, elle devient libre. A plus forte raison donc s'il s'agit de celle en qui l'émancipation s'est déjà instaurée.

suite: A supposer qu'après avoir fait entrer ces (esclaves femmes en instance de libération) sur le territoire ennemi, l'(apostat) les invite à embrasser sa religion et

---

(1) L'auteur veut apparemment dire que la puissance résistante de l'armée musulmane sur le territoire ennemi constitue un lieu sûr pour que l'esclave s'y réfugie. Les butins capturés par l'armée ne seront pas considérés mis en sécurité avant leur transfert sur le territoire islamique. Le refuge de l'esclave précède donc sa mise en sécurité en tant que butin. Ou encore, le transfert illégal de l'esclave musulman sur le territoire ennemi le rend libre, et l'armée musulmane le libère de la captivité.

qu'elles apostasient elles aussi, et si le reste des circonstance est le même, elles feront (lors de la capture) partie du butin, et l'émancipation qui s'était instaurée en elles n'annulera pas en elles leur qualité de butin.

comm. Car la situation de ces (esclaves femmes en instance de libération) ne sera pas dans ce cas supérieure à celle d'une femme libre qui aurait apostasié. Or une apostate de statut libre peut être réduite en esclavage (quand on la fait prisonnière de guerre, à l'instar d'une ennemie en guerre).

• 3986. Si un **mudabbar** ou un **mukâtab** (esclaves en instance de libération) gagnent le territoire ennemi en compagnie de leur maître, et qu'ils apostasient dès l'apostasie de leur maître ou même après avoir gagné le territoire ennemi, et si par la suite on les fait prisonniers de guerre, alors on présentera l'Islam au maître, et s'il le refuse, on le punira de mort. Quant à son esclave **mudabbar,** il deviendra libre;-

comm. Car la libération d'un (**mudabbar**) dépend de la mort de son (maître), chose qui a eu lieu;-

suite: Son **mukâtab** aussi deviendra libre.

comm. Car le droit de son maître au paiement contracté en contre-partie de la libération (du **mukâtab**) est tombé quand on l'a puni de mort.

suite: Et ce **mukâtab** ne fera pas partie du butin pour les conquérants (musulmans).

comm. Car un (**mukâtab**) est comme une dette à la charge de quelqu'un, (vu qu'il doit payer, pour sa libération, la somme contractée); or on ne fait pas butin des dettes. Cette dette tombe complètement du **mukâtab.** Et quand il est quitte du paiement de la contrepartie de la libération, sa libération s'impose (automatiquement).

1909 • 3987. * Si le maître (de ces esclaves) embrasse de nouveau l'Islam, il sera homme libre. On présentera l'Islam à ces **mukâtab** et **mudabber** aussi: s'ils le refusent, on les punira de mort; et s'ils embrassent de nouveau l'Islam, ils resteront au **statu quo ante,** appartenant à leur maître.

comm. Car leur qualité de **mudabbar** et de **mukâtab** empêche qu'on obtienne sur eux titre de propriété par la réduction en esclavage, comme c'est aussi le cas de la qualité d'homme libre. Puisqu'un homme libre qui apostasie ne peut être l'objet d'aucun titre de propriété si on le fait prisonnier de guerre, il en sera donc de même du **mukâtab** et du **mudabbar** (qui sont libres en puissance).

• 3988. Au contraire, si ces (esclaves, **mukâtab** et **mudabbar**) persistent tels quels dans leur Islam, ils seront hommes libres si on les capturent comme prisonniers de guerre, peu importe si leur maître embrasse de nouveau l'Islam ou s'il est puni de mort.

comm. Car un esclave ordinaire (**ginn,** esclave de plein droit) s'émancipe, dans de telles circonstances. A plus forte raison donc le **mudabbar** et le **mukâtab**.

• 3989. Si une apostate(1) gagne le territoire ennemi en compagnie de ses esclaves **mudabbar** ou **mukâtab** qui sont, eux, Musulmans: la maîtresse (lors de la capture) fera partie du butin, peu importe si (par la suite) elle embrasse de nouveau l'Islam ou non, mais les deux (esclaves) seront hommes libres.

comm. Car (dès la fuite sur le territoire ennemi) ils se sont mis en sécurité contre le titre de leur maîtresse.

• 3990. Et même si ces deux (esclaves) avaient apostasié en compagnie de leur (maîtresse), ils seraient hommes libres quand même, au contraire du cas de la **mudabbara,** cité plus haut.

comm. Car ici leur maîtresse est devenue une esclave, par suite de la capture militaire; donc c'est comme si elle était morte. (Au contraire du cas) d'une apostate), un apostat ne devient pas esclave si on le capture militairement; donc ses esclaves resteront: au **statu quo ante.** Mais si l'apostat est puni de mort, il sera comme l'apostate, et nous avons déjà mentionné que dans le cas d'une apostate, les deux (espèces de ses) esclaves (le **mukâtab** et le **mudabbar**) s'émancipent.

• 3991. Si les habitants d'une région apostasient, en sorte que leur territoire devient territoire en guerre, et si ensuite les Musulmans * le dominent, puis que ces 1910
(apostats) embrassent de nouveau l'Islam, alors les hommes d'entre eux seront libres, mais les femmes, aussi bien celles de statut libre que les **umm-walad** et les **mukâtaba,** feront partie du butin. Quant à la femme de statut libre, elle sera comme une (ennemie en guerre) de statut libre, qui devient esclave pour avoir été fait prisonnière de guerre et réduite en esclavage. Et quant aux apostats mâles **mudabbar** et **mukâtab,** ils resteront tels quels au **statu quo ante**.

comm. Car on ne peut pas réduire de tels individus en esclavage, au contraire des esclaves de plein droit, des deux sexes.

suite: Certes si les esclaves n'ont pas apostasié, ils s'émanciperont (automatiquement dès leur capture par l'armée musulmane).

comm. Car ils mettent en sécurité leurs personnes aussi bien que leurs biens (quand leurs maîtres deviennent belligérants).

suite: Quiconque d'entre ces esclaves est tel qu'il n'a pas été libéré (par son maître lui-même, mais qu'il l'a été du fait de sa capture par l'armée musulmane), il sera libre de contracter une **wilâ'** (fraternité) avec qui il veut, (pour des raisons d'héritage, assurances sociales etc.).

comm. Car il est homme libré et ne subissant aucune fraternité contractuelle antérieure.

suite: Et il est établi, d'après le principe auquel nous tenons, que celui des esclaves qui s'émancipent en dépit de son maître ne subit automatiquement de

---

(1) Ainsi المرتدة dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: المدبرة

fraternité contractuelle avec personne (au contraire de celui qui a été libéré par son maître et qui devient automatiquement frère contractu el de son émancipateur).

Et quant aux **mudabbar** et aux **umm-walad,** leur fraternité contarctuelle subsiste en faveur de leurs maîtres d'origine.

comm. Car l'émancipation s'est déjà instaurée en eux (du fait de leurs maîtres), et ceux-ci ont acquis le droit à leur fraternité contractuelle. Or la fraternité contractuelle est comme la généalogie: une fois établie, elle ne s'annule pas. Ce qui explique cela, c'est que les apostats sont à l'instar des paiens de l'Arabie, en ce sens que, même réduits en esclavage, ils ne sont pas épargnés; au contraire on n'accepte d'eux que l'épée (=la guerre) ou la converison à l'Islam. Ce statut légal qui s'établit à propos de ceux des **mudabbar, umm-walad** et **mukâtab** qui se reconvertissent à l'Islam est comme celui qui est applicable aux paiens de l'Arabie.

1911 • 3992. * Si un groupe d'apostats ou de paiens de l'Arabie arrache par pillage aux Musulmans leurs esclaves musulmanes, pour les partager entre ses membres, et si par la suite ces (agresseurs) font des enfants à ces jeunes filles, ou les déclarent **mudabbara** ou **mukâtaba**, et qu'après cela ils embrassent eux aussi l'Islam, alors ces (esclaves musulmanes enlevées) resteront leurs esclaves telles quelles;-

Car ils en étaient devenus propriétaires en les mettant en lieu sûr. Si ces gens-là émancipaient leurs esclaves musulmanes, leur émancipation serait exécutoire; il en est donc de même s'ils leur octroient la qualité de **mudabbara,** de **mukâtaba** ou d'**umm-walad**;-

Mais s'ils n'embrassent pas l'Islam, et que les Musulmans conquièrent leur territoire[1] alors ces esclaves (musulmanes) deviendront toutes automatiquement libres.

comm. Car elles ont mis leurs personnes en sécurité vis-à-vis de leurs maîtres paiens, vu que ceux-ci étaient alors des ennemis en guerre. Or dès qu'une (esclave musulmane) se met en sécurité vis-à-vis de son maître non-musulman, elle devient maîtresse d'elle-même. C'est ainsi parce que dès que leur (maître ennemi) les déclare **mudabbara, umm-walad** ou **mukâtaba,** la victime de l'enlèvement ennemi (=le maître d'origine) n'a plus de droit sur elles. Donc elles ont la capacité de se mettre en sécurité (vis-à-vis de leurs ravisseurs paiens).

suite: Il en sera de même si les individus (enlevés par l'ennemi) sont des esclaves mâles, des **mudabbar** ou **mukâtab,** apparteant à des femmes apostates.

comm. Car ces maîtresses sont devenues butin (pour les conquérants musulmans), chose qui constitue pour elle une mort **de jure**.

• 3993. A supposer que ce soit des esclaves, hommes et femmes, qui ont apostasié, le reste des circontances étant le même (c.-à-d. qu'ils se trouvent avec

---

(1) Tout ce long passage *_* manque à l'éd., nous le retrouvons dans le MS de Beyrouth. En voici le texte:

leurs maîtres sur le territoire ennemi, pour être capturés ensuite par l'armée musulmane), alors il faut distinguer: S'il s'agit d'une esclave et qu'elle appartienne à un homme ou à une femme, elle fera partie du butin, et on la contraindra à se reconvertir à l'Islam; au contraire s'il s'agit d'un esclave, il deviendra automatiquement libre (lors de la capture par l'armée musulmane), puis on lui présentera l'Islam, en sorte qu'il s'il embrasse l'Islam..., sinon on le punira de mort.

comm. Car le (maître) apostat n'a pas le même statut que le (maître) musulman (pour conserver son titre sur son esclave d'origine musulmane).

En effet celui qui était esclave de quelqu'un qui a apostasié, on lui proposera l'Islam, après que son maître aura été puni de mort: s'il embrasse l'Islam, il sera homme libre; s'il l refuse, il sera puni de mort.

A supposer que le maître et son esclave (capturés par l'armée musulmane) embrassent l'Islam simultanément- ou que l'esclave soit le **mudabbar** ou le **mukâtab** de son maître- alors ces esclaves resteront esclaves de leur maître, au **statu quo ante**.

Et leur statut sera alors comme celui des esclaves qui ont apostasié en compagnie de leurs maîtres, et cela dans tous les aspects de la question que nous avons mentionnés.

• 3994. * Si un apostat achète une esclave, ennemie en guerre, pour lui faire un 1912
enfant, puis qu'elle tombe dans le butin (capturé par les Musulmans), elle fera partie du butin.

comm. Car la parcelle d'emancipation qui s'est instaurée en elle (par son état d'**umm-walad**) n'est pas assez forte, étant donné qu'elle est une ennemie en guerre. La situation d'une telle femme ne sera pas meilleure que celle d'une (ennemie) libre d'origine. On sait qu'on peut réduire en esclavage une (captive), même si elle est libre d'origine, on peut le faire aussi d'une **umm-walad** à plus forte raison.

suite: A supposer que cette esclave embrasse l'Islam avant d'être capturée par les Musulmans, alors elle sera femme libre dès que les Musulmans domineront ces gens-là.

comm. Car elle se met en sécurité vis-à-vis de son maître (au moyen de l'armée musulmane).

• 3995. Si un Musulman, prisonnier de guerre sur le territoire ennemi, épouse une esclave, ennemie en guerre, (appartenant à quelqu'un, et avec l'autorisation de ce maître), et lui fait un enfant, alors cet (enfant) sera Musulman de religion mais esclave du maître de cette esclave (sa mère).

comm. Car un enfant suit, en matière de religion, le meilleur de ses deux parents (meilleur quant à la religion); et il suit (toujours) sa mère pour le statut de liberté ou d'esclavage (1) si la mère est esclave, il sera un esclave, et si la mère est libre, il sera lui aussi libre, et en cela le statut de son père ne joue aucun rôle).

(1) Les mots "ou d'esclavage" manquent à l'éd., mais suppléés d'apres le MS de Beyrouth.

suite: A supposer que les habitants de cette région embrassent l'Islam (et leur pays devient territoire islamique), alors cet enfant restera esclave de son maître (maître de se mère), au **statu quo ante.**

comm. Car ce maître était le propriétaire de cette esclave, mère de l'enfant) avant d'embrasser l'Islam, et l'Islam ne fait que confirmer son titre de propriété.

• 3996. Au contraire si les Musulmans conquièrent cette région, alors cet enfant deviendra homme libre, étant membre de la famille de son père (et non plus de celle du maître de sa mère).

comm. Car cet (enfant) se met en sécurité vis-à-vis de son maître (maître de sa mère), au moyen de la puissance résistante des Musulmans et sera homme libre.[1]

1913 **suite:** En outre, si son père est un Arabe, * cet (enfant) n'a pas besoin de chercher une fraternité contractuelle (pour les assurances sociales en particulier, étant donné que les assurances étaient organisées à base tribale, chaque tribu constituant une unité, une compagnie d'assurances. Or les Arabes avaient leurs tribus, et non les autres Musulmans); et si le (père) n'est pas un arabe, l'enfant aura la liberté de contracter une fraternité contractuelle avec qui il veut sans restriction. Au contraire si son père est un ennemi en guerre, puis que les Musulmans fassent prisonnier[2] cet (enfant), et que le soldat dans la quote-part de butin de qui il est tombé l'affranchit, alors la fraternité contractuelle (obligatoire) se transférera (de l'ancien maître au nouveau qui l'a affranchit).

comm. Le raison en est celle que nous avons mentionnée dans le chapitre d'**al-wilâ'** (cf. **Mabsût,** VIII, 87, 95), à savoir que la fraternité découlant de l'affranchissement s'établit obligatoirement en faveur de l'affranchisseur. Donc elle est plus forte que la fraternité contractée par libre choix. Au contraire, si l'enfant n'a pas à subir la fraternité obligatoire en faveur d'un affranchisseur, c'est son père qui liera son enfant, après sa libération, à la fraternité de ses propres frères contractuels. (On a mentionné plus haut, IV, 196=) que) l'esclave qui se réfugie sur le territoire islamique en dépit de son maître (s'affranchit automatiquement et) ne subit pas la fraternité contractuelle à l'égard de ce (maître ennemi). Pour cette règle, (Chaibânî) tire argument du récit des esclaves des habitants de Tâ'if:[3] quand ils sortirent (de la ville assiégée) vers le Prophète, celui-ci les déclara hommes libres; plus tard, quand les maîtres d'origine de ces (esclaves) se rendirent (auprès du Prophète, embrassèrent l'Islam et) lui demandèrent de leur restituer les (esclaves), il répondit: "C'est Dieu qui les a affranchi" (**'utaqâ'-Allâh**).

Ce texte est précis p. dire que personne ne peut réclamer contre de tels (affranchis) le droit de fraternité découlant de l'émancipation. Le récit qui ajoute à ce propos que: "Le Prophète rendit à leurs **maulà** (maîtres d'origine) le droit de la

(1) Ainsi: حرا selon le MS de Beyrouth, l'éd. portant: ردأ

(2) Ainsi: فأسره dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: فأشره

(3) Cf. **Le Prophète de l'Islam**, par Hamidullah, I, 324.

wilâ' (fraternité contractuelle, ici, celle découlant de l'émancipation)", ce récit parle en effet d'une fraternité contractée par libre choix (et non de celle découlant obligatoirement de l'émancipation), en sorte qu'ils pouvaient contracter la fraternité avec qui ils voulaient (y compris leurs anciens maîtres). Le sens de ce récit peut également être que: "leurs maulà sont les frères avec qui ils ont contracté la fratèrnité".

• 3997. *(Chaibânî) dit: Si l'esclave d'un belligérant embrasse l'Islam* (1) sur le territoire ennemi, puis que son maître le vende à un Musulman ou à un Dhimmî et le lui livre, l'esclave sera homme libre, selon l'avis d'Abù Hanîfa.

comm. Nous avons mentionné cette question dans notre **as-Siyar aş-Şaghîr**.

Mais là la réponse était restée ambiguë, ici il l'explique, et lit:

Ce n'est pas simplement de vendre (à un Musulman) qui le fait devenir homme libre; mais quand l'acheteur en a reçu livraison alors il devient homme libre. Et c'est juste. Car ce qui est digne d'être pris en considération c'est que, l'esclave (musulman) sort de la main possédante du (vendeur ennemi) pour devenir homme libre. * Or cela se parachève par la livraison; et non par le simple contrat où la 1914
livraison n'est pas encore faite. Et le statut du territoire ennemi n'est pas le même que celui du territoire islamique;-

Par là, l'(auteur) distingue entre le cas où l'acheteur est un Musulman ou un Dhimmî et le cas où c'est un ennemi en guerre. Il dit donc ce qui suit:-

Le Musulman ainsi que le Dhimmî sont des ressortissants de notre territoire. Donc si un esclave musulman parvient en la main de quelqu'un qui est ressortissant de notre territoire, c'est comme si cet (esclave) se rendait sur le territoire islamique, et il devient donc homme libre, à l'instar du cas de l'esclave d'un ennemi en guerre qui se réfugie chez nous en dépit de son maître. Au contraire, si l'acheteur est un ennemi en guerre, alors l'esclave (musulman) ne devient pas homme libre tant qu'il ne parvient pas en la main d'un ressortissant du territoire islamique (sur le territoire ennemi.)

Mais dans son livre **as-Siyar aş-Şaghir**, (Chaibânî) ne fait pas de différence entre ces deux cas, sur la base de ceci: Quand s'évanouit le titre de propriété qu'un ennemi en guerre a sur un esclave musulman, ce (titre) s'évanouit pour émanciper l'esclave; et si l'ennemi en guerre vend l'(esclave) et en fait livraison, son titre de propriété s'évanouit dans les deux cas. Toutefois ce que (Chaibânî) dit ici est plus correct, car si l'acheteur est un ennemi en guerre, il est comme ce vendeur (ennemi). Puisque cet esclave (musulman) était la propriété de ce vendeur, il restera aussi la propriété de cet acheteur (et ne deviendra pas automatiquement homme libre).

• 3998. Si un apostat, accompagné de son esclave, qui est un Dhimmî, gagne le territoire ennemi, -peu importe si l'esclave le fait de gré ou de force,- puis que

(1) Blanc dans l'éd., nous suppléons d'après le MS de Beyrouth les mots: قال واذا أسلم

(l'armée musulmane) les capture tous les deux, alors l'esclave deviendra homme libre: rien à faire contre lui.

comm. Car un Dhimmî mérite le même respect qu'un Musulman. Or nous avons déjà mentionné que, si dans ce cas c'était un (esclave) musulman il deviendrait homme libre. Il en sera donc de même s'il est un Dhimmî.

suite: Toutefois si cet (esclave) rompt le pacte de naturalisation (? en livrant des combats contre les Musulmans), il fera partie du du butin (lors de la capture).

comm. Car cet (esclave) est devenu ennemi en guerre. Et, puisque tant qu'il reste dans le titre de propriété d'un ennemi en guerre il ne jouit pas de l'immunité, il fait partie du butin quand on le capture par la force.

• 3999. Dans ce cas, si au lieu d'un esclave ordinaire, il y a un **mudabbar,** un
1915 **mukâtab** ou une **umm-walad** (tous des Dhimmîs), * et s'ils n'ont pas rompu le pacte de naturalisation jusqu'au moment où on les capture par la force, ils seront hommes libres; au contraire s'ils ont rompu le pacte de naturalisation, ils feront partie du butin (et seront susceptibles de devenir des esclaves ordinaires).

comm. Car ils ont rompu le pacte de naturalisation et sont devenus comme des ennemis en guerre.

suite: Mais ce sera le cas contraire si ces (**mudabbar** etc. sont des Musulmans et) apostasient en compagnie de leurs maîtres.

comm. Car si un apostat est homme libre, il ne devient pas partie du butin (lors de la capture); il en sera donc de même s'il est un **mudabbar** ou un **mukâtab**. Au contraire, si celui des Dhimmîs qui rompt le pacte de naturalisation est homme libre, et si on le capture après qu'il s'est réufigé sur le territoire ennemi, il fait partie du butin (et on peut le réduire en esclavage). Il en sera donc de même si ce (Dhimmî) est un **mudabbar** ou un **mukâtab.**

• 4000. Si un **mudabbar,** un **mukâtab** ou une **umm-walad,** appartenant à un Musulman s'enfuient sur le territoire ennemi, -peu importe en apostasiant ou en restant Musulman,- et que les (ennemis en guerre) les réduisent en esclavage, si par la suite (l'armée des) Musulmans les capture, ces (fuyards) resteront toujours esclaves de leur maître d'origine (=le Musulman), tels quels, au **statu quo ante.**

comm. Car de tels (esclaves) ne sont pas susceptibles de devenir en propriété (esclave de quelqu'un) moyennant des biens (= par achat); ils ne le seront pas non plus moyennant la capture de force.

Puisque les Musulmans (conquérants) ne sont pas devenus propriétaires de ces (**mudabbars** etc.), on présentera l'Islam aux hommes parmi ces (esclaves récupéres): s'ils l'embrassent de nouveau, on les remettra à leurs maîtres d'origine (parmi les Musulmans), sinon on les punira de mort; et quant aux femmes d'entre eux, on les contraindra à se reconvertir à l'Islam, mais on ne les punira pas de mort.

comm. Mais si le fuayrd est un esclave ordinaire, la divergence parmi les juristes à ce propos est chose bien connue. (cf. chap. 130).

• 4001. Si un Musulman apostasie, et qu'avec lui apostasie aussi son esclave, puis que tous deux gagnent le territoire ennemi: si par la suite cet apostat émancipe son esclave, ou le déclare **mudabbar** ou **mukâtab**, ou-s'il s'agit d'une esclave- la rend **umm-walad** (en lui faisant un enfant), et qu'ensuite on les capture par la force, alors l'esclave ordinaire (émancipé par son maître) fera partie du butin pour (l'armée) qui le capture.

comm. Car tous deux (le maître et son esclave) sont devenus belligérants (vis-à-vis des Musulmans), et l'émancipation de l'esclave belligérant par son maître également belligérant est nulle si ce dernier ne le fait pas sortir de sa main possédante.(1) Il en est de même en ce qui cocerne le fait de rendre un esclave **mudabbar,** ou **mukâtab,** ou -(dans le cas d'une esclave)- de la rendre **umm-walad** * ce fait ne cause pas l'émancipation de l'objet de cette disposition, et ne donne pas à un tel (esclave) l'immunité contre la possibilité de devenir propriété (des conquérants musulmans) *s'ils le capturent et réduisent en esclavage, ce serait le contraire quant aux biens que cet (apostat) a abondonné sur le territoire islamique: ce fait donne obligatoirement émancipation ou droit à l'émancipation, de sorte que
l'esclave ne reste plus susceptible de devenir propriété de quelqu'un * (2) par la 1916
capture en exercice de force.

• 4002. Si les ennemis en guerre font prisonnier de guerre un esclave (des Musulmans) et le mettent en sécurité, puis qu'il devienne la propriété de quelqu'un (d'entre les ennemis) qui l'émancipe, ou le rend **mudabbar** ou **mukâtab,** puis que (les Musulmans) capturent cet esclave- tout seul ou en compagnie de son maître (ennemi), peu importe - il sera homme libre, rien à faire contre lui.

comm. Car cet (esclave) est ou bien un Musulman ou un Dhimmî, et il le restera malgré la captivité; (donc **de jure** les ennemis n'en peuvent pas devenir propriétaires; mais puisque les ennemis l'ont mis en sécurité sur leur territoire, le titre de son maître d'origine s'évanouit); par conséquent (lors de sa délivrance par les Musulmans) il se met en sécurité au moyen de la puissance résistante des Musulmans; et il devient donc homme libre.

• 4003. A supposer que cet (esclave enlevé par les ennemis) n'ait pas encore été capturé (délivré par les Musulmans) quand il *apostasie, mais*(3) cela après que le maître a exécuté les dispositions qu'il a prises à son sujet, alors aussi la reponse sera la même;-

comm. Car si un ennemi en guerre émancipe son esclave musulman, ou le

---

(1) Le raisonnement semble un peu déplacé. Plus simple serait de dire que, puisqu'un homme d'origine libre parmi les ennemis en guerre est parfaitement susceptible de devenir esclave lors de la capture par l'armée musulmane, cet esclave émancipé par l'apostat le sera aussi.Si un esclave complètement libéré par les belligérants peut être réduit en esclavage, le **mudabbar** etc. le seront à plus forte raison.

(2) Le passage *_* manque à l'éd., supléé. d'après le MS de Beyrouth, où on lit:

(3) Blanc dans l'éd., supléé d'après le MS de Beyrouth, où: حتى (إرتد إلا ان) ذلك

déclare un **mudabbar,** cette disposition est correcte; en effet un Musulman, une fois devenu homme libre, n'est plus susceptible de redevenir esclave, au contraire du cas d'un ennemi en guerre. Ainsi l'émancipation survenue sur le territoire ennemi et celle qui survient sur le territoire islamique sont, à propos de l'esclave, pareilles, et empêchent que l'esclavage s'instaure de nouveau en lui. Donc si l'esclavage ne s'instaure pas en lui, il est homme libre, et rien à faire contre lui, peu importe si son maître (ennemi) a été capturé (par les Musulmans) en même temps que lui ou non. Ce sera comme s'il s'était réfugié sur le territoire islamique en dépit de son maître, et il sera homme libre *dans les deux*,(1) (et sera responsable de son apostasie s'il ne se reconvertit pas);-

• 4004. Mais si son maître (ennemi) a exécuté lesdites dispositions prises à propos de l'(esclave) après que celui-ci a apostasié, alors tout ce qu'on en a exécuté sera nul, et cet (esclave) fera partie du butin, et on le contraindra à embrasser de nouveau l'Islam.

1917 **comm.** * Car par son apostasie, il se rend belligérant, et l'émancipation d'un esclave belligérant par son maître belligérant est chose nulle(2)

suite: En somme, parmi les apostats du sexe masculin, ce sont seulement les hommes d'origine libre, qu'on ne rédeuit pas en esclavage, au contraire, ceux qui ne sont pas d'origine libre, sont susceptibles d'être réduits en esclavage (**litt.** de devenir objet de propriété) lors de la capture par l'exercice de la force.

comm. Car l'émancipation obtenue par l'(esclave ennemi) n'a pas été consolidée par sa conversion à l'Islam. Il n'y a d'émancipation qu'on ne puisse casser, que celle qui a été consolidée au moyen soit de la conversion à l'Islam soit du (séjour sur le) le territoire islamique.

• 4005. Si les esclaves de certains apostats dominent leurs maîtres et les réduisent en esclavage sur le territoire ennemi, puis que tous soient capturés (par l'armée musulmane), alors tous ces gens seront hommes libres: Les maîtres parce qu'ils sont d'origine libre et le restent même si d'autres que leurs propes esclaves les réduisaient, par la domination, en esclavage; il en sera donc de même si cela leur arrive par les mains de leurs propres esclaves. Et quant aux esclaves, lors qu'ils dominent leurs propres maîtres et s'emparent du territoire ils deviennent hommes libres au même titre que ceux des esclaves qui se réfugient sur le territoire islamique en dépit de leurs maîtres. Mais ce sera le contraire s'il s'agit d'ennemi en guerre que leurs esclaves dominent tout en s'emparant du territoire.

(1) Le passage *_* manque à l'éd., le MS de Beyrouth a: فى الوجهين

(2) Il ne s'agit apparemment pas d'un maître ordinaire belligérant émancipant un esclave ordinaire belligérant; on parle ici des apostats. Un apostat étant mort de jure, ses actes d'émancipation, surtout de l'émancipation d'un esclave apostat, sont nuls aux yeux de la juridiction islamique. Et comme le statut légal des apostats diffère selon qu'ils sont hommes libres ou esclaves, la question devient importante dans le cas en discussion. Il se peut aussi que l'auteur pense ici à une émancipation qui ne donne pas la liberté à l'esclave, cas dont il parlera un peu plus loin.

comm. Car (au contraire des apostats,) les ennemis ordinaires en guerre sont
susceptibles de devenir objet de propriété (=esclavage), même si quelqu'un d'autre
que leurs propres esclaves les capture par la force; donc si leurs propres esclaves les
capturent, ce sera de même et ces (maîtres) deviendront leurs esclaves, tandis que
les esclaves eux-mêmes * deviendront hommes libres parce qu'ils ont dominé leurs 1918
maîtres et se sont mis en sécurité vis-à-vis de ces (maîtres).

• 4006. (Chaibânî) poursuit: Si un esclave, appartenant à un ennemi en guerre, embrasse l'Islam puis apostasie- de la façon suivante: cet ennemi avait arraché cet (esclave) aux Musulmans alors que l'esclave était lui aussi Musulman, puis celui-ci apostasie,- alors si le (maître ennemi) l'émancipe, cette émancipation sera nulle.

comm. Car par l'apostasie, cet (esclave) est devenu lui aussi un belligérant (au lieu d'être un ressortissant musulman, prisonnier de guerre).

suite: Certes quand après l'avoir émancipé, le (maître ennemi) le laisse partir, en sorte qu'il habite séparément de son maître, en sorte aussi que ce maître ne le domine plus, alors seulement cet (esclave) deviendra homme libre.

comm. Car maintenant se parachève le fait (pour l'esclave), de se mettre hors de la main possédante de son maître. S'il ne sortait pas hors de sa main possédante, on ne pourrait pas le qualifier d'homme devenu libre, car le (maître) l'aurait émancipé de bouche et le dominerait de sa main possédante. Maintenant ce sens cesse d'exister.

suite: Donc si on capture maintenant les deux (l'esclave et son ancien maître ennemi), alors le maître fera partie du butin pour celui qui le capturera;-

comm. Car il est un ennemi en guerre, susceptible de devenir objet de propriété (=esclavage) si on le capture par la force;-

suite: Quant à cet esclave, il sera homme libre.

comm. Car l'émancipation s'est exécutée en lui alors qu'il était un postat. Un apostat (qui est en même temps homme libre) a le même statut qu'un Musulman (libre), en ce sens qu'on ne peut pas en devenir propriétaire, en cas de capture par la force. Puis si cet (esclave apostat) embrasse l'Islam, il sera homme libre, sinon, on le punira de mort.

• 4007. A supposer que le maître ne l'ait pas laissé sortir de sa main possédante, après l'avoir émancipé, puis que tous deux soient capturés (par l'armée musulmane), alors le maître fera partie du butin comme nous venons de le dire; et quant à l'esclave (émancipé) s'il a apostasié (1) sur le territoire ennemi, lui aussi fera partie du butin.

comm. Car son émancipation ne s'est pas établie, tant que son maître ne l'a pas mis hors de sa main possédante. On lui proposera donc la reconversion à l'Islam, et s'il l'embrasse... sinon on le punra de mort.

(1) 1[er] l'éd. ainsi que le MS de Beyrouth portent: أسلم, mais le contexte exige: ارتد!

• 4008. A noter que si cet (esclave) avait été fait prisonnier (par l'ennemi) sur le territoire islamique, et si son maître d'origine le retrouvait dans les butins (capturés par l'armée musulmane) avant le partage, il le reprendrait sans rien payer; et s'il le retrouvait après le partage, il le reprendrait, s'il le voulait, contre la valeur (à verser au bénéficiaire du butin).

comm. Car l'émancipation par l'ennemi, après l'apostasie de l'esclave, est nulle si le (maître) ne le met pas hors de sa main possédante.

1919 • 4009. * (Chaibânî) dit encore: Si un ennemi en guerre émancipe son esclave qui est également un ennemi en guerre, tout en le laissant partir, et si par la suite les habitants de la région embrassent l'Islam (et rattachent leur pays au territoire islamique), cet (ex-esclave) aussi sera homme libre.

comm. Car sa sortie de la main possédante (de son maître)) s'est parachevée et il est devenu homme libre, qualité qui s'est consolidée par sa conversion à l'Islam.

• 4010. Au contraire, si le maître a continué de le dominer après l'émancipation, puis que l'esclave se soit plaint de lui devant leur roi (non-musulman), et que celui-ci ait décrété sa libération, alors même si son maître empêche l'exécution de ce décret, l'(esclave) sera considéré comme homme libre (par le juge musulman); mais si le (roi) été d'avis que l'émancipation était nulle, alors il restera esclave de son maître.

comm. Car si leur roi décrète l'émancipation de cet esclave, celui-ci se met en sécurité vis-à-vis de son maître, au moyen de la puissance de leur roi; donc son émancipation se consolide.

• 4011. Un groupe d'ennemis en guerre possède quelques esclaves musulmans,[1] et si ceux-ci apostasient pour s'enfuire ensuite verse un autre territoire, également en guerre (avec les Musulmans) où leurs maîtres (non-musulmans) n'ont aucune puissance contre eux, alors ces (esclaves) deviendront hommes libres;-

comm. Car ils sont comme ceux des esclaves qui se réfugient (sur le territoire islamique) en dépit de leurs maîtres. Donc tout comme la mise en sécurité de l'esclave par lui-même se parachève au moyen du territoire islamique, elle se parachève également par le territoire ennemi autre que le sien. Comme nous l'avons déjà mentionné, les différents territoires des ennemis en guerre se distinguent par la différence de la puissance résistante de chacun;-

• 4012. Donc si les Musulmans capturent ces (évadés), ceux-ci seront traités en hommes libres; (mais comme ils ont apostasié), on leur proprosera l'Islam, et s'ils l'embrassent de nouveau... sinon on les punira de mort.

comm. Car avant d'être fait prisonniers de guerres (par les premiers ennemis),

(1) Voir la note suivante.

ils étaient hommes libres.[1] Or les apostats mâles, de statut libre, ne sont pas susceptibles de devenir esclaves, si les Musulmans les capturent par la force.

• 4013. Au contraire, s'ils ne se sont pas réfugiés sur un autre territoire belligérant, mais que les habitants de ce deuxième territoire (ennemi) les aient capturés et réduits en esclavage et les aient mis en sécurité, puis que les Musulmans les capturent, alors ces (captifs) feront partie du butin.

comm. Car avant leur capture par des Musulmans, ils étaient de véritables esclaves; ils le resteront donc même après.[2] Il en est ainsi parce que ce sont des belligérants; ils ne pourront donc pas se mettre en sécurité au moyen de la puissance résistante des Musulmans.[3]

• 4014. Si un Musulman, qui est allé chez les (ennemis) sous sauf conduit, émancipe son esclave qui est, lui, un ennemi en guerre- (l'ayant acheté sur le territoire ennemi)- cet (esclave deviendra homme libre, rien à faire contre lui.

comm. Car ce Musulman ne réduira pas en esclavage celui même qu'il a émancipé. Il en est ainsi selon l'avis de Chaibânî. Mais selon l'avis d'Abû Hanîfa: tout comme l'émancipation d'un esclave ennemi en guerre effectuée par un ennemi en guerre n'est pas exécutoire, l'émancipation effectuée par un Musulman ne le sera pas non plus. Il en est ainsi parce qu'(Abû Hanîfa) prend en considération le côté de l'objet de l'émancipation (c.-à-d. l'esclave), et donne cet argument: "Dans les deux cas (de l'émancipation par un Musulman ou par un ennemi en guerre), un (esclave ennemi émancipé) est susceptible de devenir objet de propriété (esclavage) si on le capture par la force (comme n'importe quel ennemi même de statut libre); donc l'émancipation ne s'exécute pas en lui".[4]

• 4015. * Si les Musulmans capturent par la force un tel (esclave ennemi 1920
émancipé par le touriste musulman), nous dirons: Si cet esclave a été un belligérant

---

(1) Le texte semble être déplacé, Plus loin (cf. la note suivante), Sarakhsî reconnaîtra qu'il s'agit d'esclaves. S'ils étaient d'origine libre, leur apostasie ne les rendrai pas susceptibles d'etre réduits en esclavage par l'armée musulmane, Chaibânî énonce un grand et magnifique principe juridique, à savoir que même les prisonniers musulmans d'origine esclave peu importe s'ils ont apostasié- quand ils s'évadent et se réfugient sur un autre pays ennemi, ils deviennent hommes libres; et ils le restent quand les Musulmans les capturent sur ce tiers pays. L'accent est mis sur le fait que l'évasion doit avoir lieu de leur fait, et non que ce tiers pays les capture lors d'une razzia.

(2) Voir la note précédente. Il semble qu'il s'agit de prisonniers musulmans, esclaves d'origine, qui ont apostasié.

(3) Il faut plutôt évoquer l'autre raison: N'étant jamais devenus hommes libres, ils le restent quand les Musulmans les capturent à titre de postliminium. On sait qu'un esclave musulman récupéré sur les ennemis reste esclave du maître originel, lors du postliminium; un esclave apostat ne doit pas avoir un statut différent.

(4) On répondra à cet argument que, les ennemis capturés ne sont pas nécessairement réduits en esclavage; et le statut de liberté ou d'esclavage aura son importance si le chef de l'Etat musulman ne décide pas pour la mise en esclavage. Voir aussi plus bas (IV. 203) l'avis d'at-Tahawi.

d'origine, il fera partie du butin de ceux qui le capturent, à l'instar de n'importe quel autre belligérant; et la fraternité contractuelle (**wilâ'**) établie en faveur de ce Musulman n'empêchera pas le conquérant d'établir son titre de propriété sur cet (esclave);-

comm. Car la fraternité contractuelle est comme la généalogie. Or si la généalogie d'un ennemi en guerre est établie avec un Musulman, cela n'empêche pas qu'on devienne propriétaire de ce belligérant (non-musulman, parent du Musulman) en le capturant par la force. Il en sera de même à plus forte raison dans le cas de la fraternité contractuelle;-

suite: Au contraire si cet esclave est à l'origine un apostat, il deviendra homme libre (quitte à répondre ensuite à la charge d'apostasie).

comm. Car quand l'émancipation s'est exécutée en un apostat, celui ci n'est plus susceptible de devenir objet de propriété, quand on le capture par la force.

(Dans ce même cas), si les habitants de la région embrassent l'Islam (pour se rattacher au territoire islamique), alors le droit de fraternité avec cet esclave (sera acquis en faveur de son maître (qui l'a émancipé).

comm. Ceci, selon l'avis de Chaibânî, car il dit que l'émancipation de cet
1921 (esclave) était cohse exécutoire. Or le droit de fraternité est * acquis à celu qui émancipe, (comme le dit une parole du Prophète). Le statut de cette fraternité a été consolidé par l'islamisation de cette peuplade. Donc cet (esclave émancipé) n'aura plus le droit de contracter de fraternité avec quelqu'un d'autre (que cet émancipateur). Mais selon l'avis d'Abû Hanîfa, "l'émancipation de cet (esclave belligérant) par son maître était en son temps nulle, et il ne s'est émancipé que quand la peuplade s'est islamisée; donc cet (esclave) a la faculté de contracter franternité avec qui il veut". Mais cette (règle) est difficile à soutenir, car selon Abû Hanîfa, l'émancipation originelle ne s'est pas exécutée en cet (esclave); il faut donc que (même après l'islamisation de la région) il reste esclave de son maître. Et à supposer que l'émancipation s'exécute en lui, alors il faut que le droit de fraternité découlant de l'émancipation s'acquière pour son maître (qui l'a émancipé). At-Tahâwî a expliqué que la divergence entre Abû Hanîfa et Chaibânî concernait l'établissement du droit de fraternité découlant d'une telle émancipation, et ne concernait pas l'exécution de l'émancipation elle-même (sur le territoire ennemi). Nous l'avons précisé dans le chapitre **al-Itq** (cf. **Mabsût,** VII, 92).

• **4016.** Certes si un belligérant émancipe son esclave également belligérant, et cela sur le territoire belligérant, alors cela ne crée pour lui aucun droit de fraternité; au contraire, l'(esclave émancipé) a la faculté de contracter fraternité avec qui il veut, après qu'il a embrassé l'Islam.

comm. Cela au contraire de l'Avis d'Abû Yûsuf, car celui-ci déclare que la fraternité contractuelle est comme la généalogie. Or si la généalogie peut s'établir sur le territoire belligérant, la fraternité contractuelle le peut aussi. Mais les deux autres maîtres (Abû Hanîfa et Chaibânî) disent que le droit de fraternité découlant

de l'émancipation est une règle de la loi islamique; or les lois islamiques ne s'appliquent pas sur le territoire de l'ennemi en guerre. Si l'on disait: "Mais l'Islam a commencé (dans le monde) alors qu'il y avait des gens qui avaient effectué des émancipations pendant l'époque de l'Ignorance pré-islamique, et pourtant on a traité ces (émancipés) comme les frères contractuels de ces autres (leurs émancipateurs)". Nous dirions : "Cela n'a eu lieu qu'un temps: avant qu'il y ait eu la différence de territoires (entre les Musulmans et les non-Musulmans arabes), et avant que les Musulmans aient eu une loi (**hukm**) autre que celle des paiens. Mais maintenant les lois se sont séparées, et chaque peuple a sa propre loi séparée. Donc cette règle de la loi islamique, qu'est la fraternité contractuelle, ne s'applique pas aux rapports des peuples belligérants (non-musulmans).

• 4017. (Chaibânî) dit: Si un Musulman possède sur le territoire ennemi une **mudabbara** ou une **umm-walad** ressortissantes du pays belligérant, et si les Musulmans capturent ces (esclaves) par la force, aucune d'elle ne fera partie du butin.

comm. Car elles ne sont pas encore libres, l'esclavage subsistant partiellement (provisoirement) en elles en faveur de ce Musulman, au contraire du cas où celui-ci les aurait affranchies, et où l'esclavage ne subsisterait aucunement en elles en faveur d'un Musulman, après une émancipation (complète et inconditionnelle). Dans ce dernier cas, les esclaves (affranchies par le Musulman) seraient susceptibles de faire partie du butin, comme n'importe quelles autres femmes libres d'entre * les 1922
belligérants.

• 4018. (Chaibânî) dit encore: Si un Musulman meurt sur le territoire ennemi laissant quelques esclaves apostats, puis que les (soldats) musulmans les capturent, alors celui des esclaves qui est un **mudabbar** deviendra homme libre, et rien à faire contre lui, (quitte à lui, à repondre, ensuite, de son apostasie);-

comm. Car il se libére automatiquement à la mort de son maître. Or un mudabbar, une fois qu'il s'est libéré, ne peut pas devenir l'objet d'un titre de propriété pour les Musulmans s'ils le capturent par la force (s'il est un apostat);-

suite: Tandis qu'une **mudabbara** et une **umm-walad** feront partie du butin.

comm. Car elles aussi se libèrent lors de la mort de (leur maître) mais leur situation est comme celle d'une femme libre qui a apostasié.

• 4019. (Chaibânî) dit encore: Si un apostat se réfugie sur le territoire ennemi, accompagné de son esclave qui est, lui, un Musulman, et si par la suite la suite cet esclave regagne le territoire islamique en dépit de son maître, il deviendra homme libre.

comm. Car le droit des héritiers de cet (apostat) ne s'est pas établi sur cet esclave, cependant que son maître est devenu un ennemi en guerre. Or l'on sait que si l'esclave d'un ennemi en guerre se rend chez nous en tant que Musulman ou Dhimmî et en dépit de son maître, il devient homme libre.

suite: (Au lieu de se réfugier), si cet (esclave) sort pour des aventures [1] (de pillage) sur le territoire islamique, la réponse sera toujours la même;-

1923 **comm.** * Car l'(esclave) s'est enfuit contre le gré de son maître, mais il n'est pas ouvertement[2] en guerre contre les Musulmans, (étant donné qu'il est lui-même un Musulman; un pillard n'est pas susceptible d'être réduit en esclavage);-

• 4020. Et même s'il sort pour combattre les Musulmans, et s'il est capturé par les Musulmans, il sera homme libre, pourvu qu'il soit Musulman.

comm. Car il s'est enfuit en dépit de son maître.

suite: Mais s'il est un Dhimmî, il sera susceptible de faire partie du butin de celui qui le capture.

comm. Car quand il combat les Musulmans, il rompt le pacte de naturalisation. Et comme il s'est émancipé du fait de sa fuite en dépit de son maître, il devient un belligérant (bien que comme homme libre). Il fera donc partie du butin (comme n'importe quel ennemi du statut libre) pour l'(armée musulmane) qui le capturera.

suite: Au contraire si ces deux esclaves (Musulman et Dhimmî, qui sont sortis en dépit de leur maître) n'ont pas été capturés (pendant la guerre par les Musulmans), et qu'ils rentrent auprès de leur maître (apostat), si par la suite les habitants de la région embrassent l'Islam (pour se rattacher au territoire islamique), ces deux hommes resteront esclaves de leur maître.

comm. Car ils ne se sont plus en fuite contre le gré de leur maître, vu qu'ils sont rentrés auprès de lui.

• 4021. A supposer que ces deux (sortes d'esclaves) se rendent sous sauf-conduit sur le territoire islamique, on ne les laissera pas rentrer auprès de leur maître (sur le territoire ennemi); au contraire, on les vendra (à un Musulman) et on gardera leur prix (pour le maître ennemi).

comm. Car ils n'ont pas quitté leur maître contre son gré. Et à cause de leur sauf-conduit, il faudra honorer le titre de leur maître à leur valeur. (On sait, en outre, qu'on ne tolère pas le titre d'un belligérant sur les esclaves musulmans).

• 4022. Si un esclave (non-musulman), ennemi en guerre, se rend (chez nous) sous sauf-conduit mais en dépit de son maître, il s'émancipera à cause qu'il s'est enfuit contre le gré de son maître. Donc il deviendra un Dhimmî, vu qu'il a voulu se mettre en sécurité au moyen de notre territoire. En ce fait il y a un indice qu'il voulait devenir Dhimmî chez nous. Ou contraire, s'il sort vers nous pour faire une razzia en tant qu'aventurier isolé, ou en tant que combattant (en compagnie d'une armée) et qu'il soit fait prisonnier, alors il fera partie du butin pour celui qui le capturera.

(1) Le mot متلصص manque à l'éd., suppléé d'après le MS de Beyrouth.
(2) Le mot جهرا manque à l'éd., suppléé d'après le MS de Beyrouth.

comm. Car il est un ennemi en guerre, ne jouissant d'aucun sauf conduit; donc s'il se rend sur notre territoire, il fait partie du butin pour la totalité de la communauté musulmane, selon l'avis d'Abû Hanîfa; mais selon l'avis de Chaibânî, il sera le butin de celui qui le capture. Et Dieu sait mieux.

* Chapitre (185) 1924
DU TÉMOIGNAGE QUI EST ADMIS CONTRE UN APOSTAT, ET DE CELUI QUI NE L'EST PAS.

• 4023. (Chaibânî) -Dieu l'agrée!- dit ceci: Nous avons déjà mentionné que les biens d'un (Musulman) fait prisonnier par les ennemis ne sont pas partagés (entre ses héritiers, comme s'il était mort), et que sa femme ne peut pas non plus se remarier (comme veuve) jusqu'à ce qu'une nouvelle précise parvienne au sujet de sa (mort).

comm. Car il n'est que comme un disparu (un absent).

• 4024. Lorsqu'il n'y a pas trace de lui, si ses héritiers apportent une preuve que cet homme a apostasié sur le territoire ennemi, on n'admettra à ce propos que le témoignage de deux Musulmans au caractère intègre.

comm. Car l'Islam de ce (disparu) était chose établie. Or le témoignage d'un non-Musulman n'est pas admis comme preuve contre un Musulman, pour des choses moins graves que l'apostasie. A plus forte raison, (on ne l'admettra pas) concernant l'apostasie.

• 4025. (Chaibânî) poursuit: Si deux Musulmans en portent témoignage, alors le juge musulman décrétera la séparation judiciaire entre l'(apostat) et sa femme, et partagera ses biens entre ses héritiers.

comm. Car lors du décret du juge, il est **de jure** comme un mort.

• 026. Si, après que le (juge) a fait cela, le (disparu) rentre en professant l'Islam et nie l'apostasie que les deux témoins ont attestée contre lui, le juge n'annulera pas son décret sur sa simple négation;-

comm. Car le juge a décrété, sur la base d'une preuve, contre lui, qui est partie en cause;-

• 4027. * Toutefois il considérera sa présente négation (de l'apostasie) comme 1925
un nouvelle islamisation, et il ne lui rendra ni sa femme ni ses biens, sauf ce qui en subsiste tel quel, intact, en la main de son héritier, comme c'est la règle bien connue à propos des apostats.

Il en sera de même si, au lieu d'un Musulman, il s'agit d'un Dhimmî, et que le témoignage s'établisse contre lui pour dire qu'il a rompu son pacte de naturalisation. Toutefois dans ce cas on admettra le témoignage des Dhimmîs aussi.

comm. Car un tel (témoignage) se dressera contre un Dhimmî, au contraire du cas précédent (où il condamnait un Musulman).

suite: A supposer que le juge musulman ait écouté le témoignage affirmant l'apostasie du (Musulman) fait prisonnier par les ennemis, mais avant qu'il ait pris une décision le (prisonnier) rentre tout en professant l'Islam et infirmant qu'il ait apostasie, alors ses biens resteront siens.

comm. Car tant qu'un décret du juge ne déclare pas que cet apostat s'est enfuit sur le territoire ennemi, ses biens n'échoient pas à ses héritiers.

• 4028. Donc quand cet homme rentre en tant que Musulman, ses biens restent siens tels quels au **statu quo ante,** que cet homme ait apostasié ou non. Et l'on fera l'enquête à propos des deux témoins (qui ont attesté son apostasie): si on les trouve de caractère intègre, la femme du (prisonnier apostat) sera définitivement divorcée de lui;-

comm. Car cette règle (de divorce) s'exécute dès l'apostasie;-

suite: Toutefois ses **umm-walad** (esclaves qui ont donné des enfants et qui, de ce fait, sont libérables automatiquement à la mort de leur maître) ne seront pas décrétées libres.

comm. Car cette règle ne s'exécute pas sur une simple apostasie, mais sur la mort. Or l'apostasie n'est considérée comme une mort que quand elle est jointe (renforcée) par un jugement du juge. Si l'on disait: "Si le juge décrète ici la séparation entre lui et sa femme, ce jugement se fonde sur la (présomption) que cet homme a apostasié sur le territoire ennemi, chose qui doit obligatoirement entraîner la libération des **umm-walad".** Nous dirions: Non pas. Car même si un apostat se réfugie sur le territoire ennemi, ses **umm-walad** ne s'émancipent pas tant qu'un jugement judiciaire n'a pas décrété que cet homme avait gagné le territoire ennemi.
1926 Dans le cas présent, * le juge ne décrete que dans la mesure de ce dont on a besoin, à savoir le seul point qui impose la séparation entre l'(apostat) et sa femme. Ce point n'entraîne pas obligatoirement l'émancipation de ses **umm-walad.**

• 4029. A supposer que le Dhimmî (en question), contre lequel les témoins portent témoignage du fait qu'il a rompu son pacte de naturalisation, rentre (sur le territoire islamique) sans demander un nouveau sauf-conduit, et qu'il dise: "Je n'ai pas rompu mon pacte de naturalisation", s'il paraît au juge que les témoins possèdent un caractère intègre, alors il déclarera que cet homme fait partie du butin des Musulmans (lors de sa capture).

comm. Car par cette preuve, sa femme deviendra, sans faut; définitivement divorcée de lui. Or cela n'a lieu que quand la rupture du pacte de naturalisation et la différence, **de jure** ou **de facto,** des territoires des deux époux sont établies. Et ce (témoignage) établira sans faute une rupture, de sa part, de son pacte de naturalisation. En outre, il sera un ennemi en guerre se trouvant sur notre territoire sans être muni du sauf-conduit; donc lui-même fera partie du butin, et ses biens (se trouvant sur le territoire islamique) échoiront à ses héritiers.

• 4030. A supposer que ce (Dhimmî) rentre avec un nouveau sauf-conduit le juge musulman décrétera (le divorce) entre lui et sa femme- car la preuve que lui-

même produit établit la rupture de son pacte de naturalisation, de sa part; toutefois il lui rendra ses biens, et ce sera comme si sa rupture du pacte de naturalisation était chose connue, puis qu'il fût revenu comme il était auparavant, avant que le juge eût partagé ses biens entre ses héritiers. Dans un tel cas, on ne décrète pas pour ses **umm-walad** et pour ses **mudabbar** qu'ils deviennent automatiquement libres.

comm. Car leur libération n'a pas lieu sur une simple différence de territoires (du maître et des esclaves), sans que la mort (du maître) ait lieu, au contraire du cas de la séparation entre lui et sa femme.

• 4031. (Chaibânî) dit encore: Si deux Musulmans portent témoignage contre un Musulman qui a été fait prisonnier par les ennemis, et attestent qu'il a divorcé d'avec sa femme en répétant part trois fois la formule du divorce, alors la juge musulman ne se fondera pas sur leur témoignage pour décréter quoi que ce soit.

comm. Car cet homme est un disparu. Or on ne décrète pas contre un disparu, sur la base d'une preuve, pour établir qu'il a donné le divorce à sa femme, ou l'émancipation à son esclave, de même qu'on ne décrète pas contre lui une responsabilité d'argent (dans les mêmes circonstances).

suite: * Toutefois, entre elle et Dieu, cette femme pourra valablement se 1927
considérer comme divorcée, et pourra se remarier après l'attente légale (en toute bonne conscience).

comm. Car la preuve produite ici serait suffisante pour que le juge se fonde sur elle pour décréter la séparation judiciaire, si l'homme qui est partie en cause était présent. Voilà pourquoi cette preuve suffit pour que la femme se sonde sur elle pour se remarier après expiration de son délai légal.

• 4032. A supposer, dans ce cas, que la femme se remarie, puis que le prisonnier rentre et qu'il nie avoir prononcé le divorce, il faut distinguer: Si la preuve sur témoignage est de nouveau établie pour le fait du (divorce prononcé), le juge exécutera le divorce au détriment du (prisonnier), et confirmera le remariage de la femme. Sinon, il la rendra au prisonnier, et décrétera sa séparation d'avec son deuxième mari.

comm. Car le juge n'a pas la faculté de décréter la séparation sur la base de la (première) preuve et sans la faire se répéter, étant donné qu'on l'avait établie contre quelqu'un d'autre que la partie en cause (et cette dernière était absente).

suite: (Chaibânî) dit: Mais si les deux témoins attestent que le (prisonnier) est décédé, ou qu'il été décapité, alors le juge musulman constatera le fait (avec ses conséqences pour sa femme et ses biens).

comm. Car cette preuve s'est établie vis-à-vis de la partie en cause, vu que la partie en cause ici est constituée par les héritiers, comme aussi dans le cas de l'apostasie (du prisonnier, puisqu'ils sont ses successeurs), au contraire du cas du divorce (où ils ne succèdent pas aux droits du mari-prisonnier donnant le divorce).

• 4033. A supposer qu'il n'y ait qu'un seul témoin au caractère intègre, qui

atteste la mort du (prisonnier), alors le juge musulman ne pourra pas se fonder sur ce témoignage pour décider le cas, mais la femme aura la faculté d'observer l'attente légale puis de se remarier.

comm. Après cela, (Chaibânî) parle des cas où le témoignage est admis quand on dit avoir entendu parler de la mort, de la parenté, ou du mariage (de quelqu'un). Comme on a déjà parlé de ces questions,[1] (nous les supprimons ici).

• 4034. (Chaibânî) dit encore: Si un seul témoin atteste qu'un certain prisonnier musulman a apostasié-ce dont Dieu nous protège!- alors il ne sera pas licite à sa femme d'observer le délai légal et de se remarier ensuite.

1928 **comm.** * C'est ce qu'il dit ici (dans le présent ouvrage), au contraire de ce qu'il a dit dans (son livre **al-Aṣl**) au chapitre **Istihsân**. Nous avons déjà exposé les arguments en faveur du chaque avis (cf **supra,** ch. 175, IV, 139).

• 4035. Et si (un seul témoin) atteste que le (prisonnier) a prononcé le divorce en le répétant par trois fois, alors le raisonnement analogique exige que la reponse soit la même;-

comm. Car le fait du mariage ne s'établit que sur le témoignage de deux témoins. Il en sera donc de même pour l'annuler;-

suite: Mais selon l'équité, ce témoignage et celui qui atteste la mort sont pareils.

comm. Car Ce (témoin) atteste la dissolution du mariage avec cette femme. Son dire touche à un point de la vie juridique (**litt.** affaire religieuse) des Musulmans. Or nous avons déjà mentionné (cf IV, 165) que dans les affaires religieuses le témoignage d'un seul homme constitue une preuve, tant que la partie en cause ne se présente pas pour nier le fait. Selon l'avis (de Chaibânî) mentionné ici, c'est le contraire dans le cas de l'apostasie, étant donné qu'il s'agit là de quelque chose d'abhorré, alors que les dires concernant le divorce ne le sont pas. En outre, l'apostasie de quelqu'un lui fait mériter la peine de mort- donc le témoignage d'un seul homme, pour cela, ne constitue pas une preuve- au contraire du cas du divorce. Mais l'autre (opinion de Chaibânî) mentionnée dans le chapitre **Istihsân** du **Kitâb al-Aṣl**) est plus correcte; car là, il dit que: "Si un homme et deux femmes ont témoigné du fait de l'apostasie de ce (prisonnier), ou si deux témoins (masculins) témoignent de l'existence du témoignage de deux témoins, alors le juge musulman se fondera sur ce témoignage pour décréter son jugement, à l'exception du seul cas où la peine de mort serait légale. Tout comme le temoignage d'un seul uhomme * ne suffit pas pour établir la peine de mort, il ne suffit pas non plus quand il s'agit du témoignage de l'existence d'un témoignage, ou du témoignage de femmes attestant en compagnie des hommes (= témoins mixtes, un homme et deux femmes).

• 4036. Il en sera de même si un homme et deux femmes se portent témoins

(1) Dans sa traduction turque de cet ouvrage, 'Aintâbi s'est bien rappelé qu'il s'agit du chapitre 175 supra.

contre un Dhimmî pour dire qu'il a rompu son pecte de naturalisation alors que ce dernier nie l'avoir rompu: le chef de l'Etat musulman ne saura pas le mettre à mort sur la base de ce témoignage; mais il pourra déclarer qu'il a rompu son pacte de naturalisation pour des choses qui n'entraînent pas la peine de mort, par exemple; pour déclarer qu'il fait partie du butin (et qu'il devient esclave).

comm. Car s'il y a des femmes en compagnie des hommes pour porter témoignage, cela suffit pour constituer une preuve pour des faits qui s'établissent malgré quelque doute, mais non pour des faits qui tombent quand il y a quelque doute, par exemple si un tel témoignage (mixte) est pour attester un vol (car pour établir le vol, il faut un témoignage hors de tout doute).

• 4037. De même si un homme et deux femmes se portent témoins du fait
qu'un certain Chrétien avait embrassé l'Islam * pour apostasier par la suite -l'homme 1929
le niant- alors on le contraindra à se reconvertir à l'Islam; toutefois on ne saurait pas (en cas de son refus) lui infliger la peine de mort, vu que quelque doute s'est établi dans la preuve.

suite (Chaibânî) continue: Si deux Dhimmîs attestent contre un autre Dhimmî qu'il a apostasié après avoir embrassé l'Islam, de témoignage ne sera point admis.

comm. Car les deux témoins prétendent que cet autre est un apostat. Or un apostat est comme un Musulman (cf IV, 164, supra) en ce sens que le témoignage des non-Musulmans ne constitue pas une preuve contre lui. Donc si deux témoins affirment (qu'ils sont des Dhimmîs, donc) qu'ils n'ont pas la capacité de porter témoignage contre cet (apostat), alors il ne sera point loisible de fonder la décision judiciaire sur leur témoignage. Et Dieu sait mieux.

1930

* Chapitre (186)

DE L'APOSTAT QUI MÉRITE UNE PEINE-HADD[1] OU UNE AUTRE PEINE

• 4038. Le cheikh, le savant dirigeant (Chaibânî) dit ceci: Le principe est que si l'imposition **ab initio** d'une (peine) quelconque n'est pas empêchée à cause de la mécréance (=qualité d'être non-musulman), à plus forte raison la continuation de cette (peine) n'en sera empêchée; au contraire si l'imposition **ab initio** de quelque peine légale est empêchée à cause de la mécréance, sa continuation le sera également.

comm. Car les doutes sont cause à repousser les pénalités. Or le plus puissant

---

(1) Le droit pénal islamique distingue, entre les crimes, ceux dont la peine est définie et fixée et n'est donc pas laissée à la discrétion du juge: c'est la peine **hadd** et elle concerne quelque huit sortes de crimes, comme le meurtre, le viol, le vol, la consommation de l'alccol, etc. La pénalité laissée à la discrétion du juge s'applle **ta'zîr**.

des doutes est (l'existence de) la chose contraire (**munâfî**) à ce qu'on cherche à établir). Tout comme l'existence simultanée du (doute) et de la cause qui oblige à la peine empêche l'impostion de la (peine), si le (doute) a lieu après que la peine a été imposée mais qu'elle n'ait pas encore été appliquée, cela aussi empêche (l'application de la peine). Et quand on n'a plus la faculté d'appliquer la (peine), elle ne reste plus obligatoire. Si nous avons compris ce (principe), nous comprendrons aussi ce qui suit.

Si un Musulman acquiert quelques biens, ou quelque chose qui oblige qu'on lui inflige la peine de mort, ou même une peine définie (**hadd**), à cause de son propre aveu, et si par la suite cet homme apostasie-ou même qu'il ait commis quelque chose de ce genre alors qu'il se trouvait encore sur le territoire islamique tout en ayant apostasié-et qu'il se soit ensuite enfui sur le territoire ennemi pour y combattre les Musulmans pendant quelque temps, en si par la suite il rentre repenti (reconverti à l'Islam), un tel homme sera tenu pour responsable de tout ce qu'il a fait (sur le territoire islamique, avant sa fuite).

Car le fait qu'il soit belligérant contre les Musulmans n'annule pas l'imposition
1931 contre lui * des droits dont les causes ont été acquises (par lui) sur le territoire islamique. Ne vois-tu pas ceci? Si un ennemi venu sous sauf-conduit commettait quelque chose de ce genre, il mériterait la peine découlant de ces droits (voilés), eu égard au fait qu'il s'agit là des droits de l'homme. A plus forte raison donc si un apostat le fait!

• 4039. Au contraire, si cet homme commet ce même acte après s'être réfugié sur le territoire ennemi en tant qu'apostat, toute responsabilité à ce sujet sera écarté de lui. (cf aussi supra IV, 108, 163-4).

comm. Car il a commis cela alors qu'il est un ennemi en guerre, se trouvant sur le territoire ennemi. Or un ennemi en guerre n'est tenu pour responsable, après son islamisation, de rien de ce qu'il a commis quant il était encore un ennemi en guerre contre les Musulmans. Cela en application de cette parole du Prophète: "L'islamisation efface ce qui la précède" (en fait de crimes). Nous avons déjà mentionné [1] que les fausses prétentions (**ta'wîl**, litt. interprétation) des mécréants, au sujet de l'application de la loi, rejoignent la prétention justifiée, (des Musulmans). Donc tout comme un Musulman ne mérite pas de peine pour ce qu'il a perpétré sur les ennemis en guerre, un ennemi en guerre de même ne mérite pas (la peine pour ce qu'il a fait aux Musulmans). Or un apostat, quand il se réfugie sur le territoire ennemi devient un ennemi en guerre.

• 4040. Mais si un Musulman commet un crime contre Dieu méritant une peine définie (**hadd**), comme les rapports sexuels illicites, le vol, la coupure des grands chemins (brigandage), et qu'il apostasie ensuite, -ou même s'il le commet

(1) cf. ch. 167, 176, supra

après avoir apostasié- puis qu'il se réfugie sur le territoire ennemi, si par la suite il rentre repenti (reconverti à l'Islam), toute responsabilité à ce sujet sera écarté de lu(1)

comm. Car cet homme étant un ennemi en guerre, on est empêché de lui infliger les peines définies (**hadd**), comnme droit de Dieu, si la cause de cette (peine) a été commise sur le territoire islamique, comme c'est le cas de l'ennemi venu sous sauf-conduit. Si ce même empêchement intervient par la suite la peine ne subsistera pas non plus.

• 4041. Toutefois dans le cas du vol, il dédommagera des biens (volés). De même s'il a versé du sang au cours d'un brigandage, il méritera le talion. En cela, sa situation sera comme celle d'un ennemi venu sous sauf-conduit.

comm. Car là où il y a le droit de l'homme, le (coupable) en est tenu pour responsable.(2)

• 4042. Et si au cours d'un brigandage, il a commis un meurtre par erreur (par accident), c'est la compagnie d'assurances du coupable (**'âqila**) qui supportera le prix du sang sera à la charge des biens personnels du meurtrier, si le crime a eu lieu après l'apostasie.

comm. Car tous les membres de la compagnie d'assurances supportent la charge grevant un des membres de la compagnie, par solidarité et aide mutuelle. Or aucun Musulman ne court au secours d'un apostat.

suite: Si un Musulman a mérité une peine définie pour avoir consommé du vin ou une boisson enivrante, et si par la suite il apostasie, pour se reconvertir à l'Islam avant de se réfugier sur le territoire ennemi, (3) on ne le tiendra pas pour responsable de ce (crime d'alcoolisme).(4)

comm. * Car la mécréance (le fait d'être non-Musulman) empêche 1932
l'application **ab initio** de cette peine (prévue pour l'alcoolisme), -et ainsi on ne l'applique ni au Dhimmî ni au touriste ennemi venu sous sauf-conduit,- il en sera

---

(1) Il est difficile de comprendre le raissonnement de Chaibânî. D'abord parce que cela va à l'encontre du principe qu'il a lui-même énoncé plus haut (cf IV, 108, sur la base d'une tradition du Prophète rapportée par al-Kilabî, cf aussi IV, 163-4, 208). Ensuite parce que les exemples de crimes donnés ici ne sont pas uniquement violation du droit de Dieu; sans parler du vol et du brigandage, même le viol d'une femme cause à celle-ci un grand tort moral, dont la gravité augmente s'il s'agit d'une vierge. Comme les crimes ont deux aspects, la peine judiciaire d'ici-bas et la peine divine d'au-delà, il se peut que l'auteur pense ici non pas au tort causé aux hommes, mais au péché commis contre Dieu. En effet il dit plus loin qu'en cas de vol il faut dédommager des biens volés, et que l'effusion de sang entraîne le talion ou le prix du sang. Les petits péchés de vol et de viol sont submergés dans le grand péché de l'apostasie. Après repentir et reconversion, l'apostasie est complètement effacée, donc avec elle ce qui y était submergé. En d'autres termes, la peine-hadd efface l'aspect du droit de Dieu d'un acte, et non l'aspect du droit de l'homme.

(2) Si telle est l'interprétation à donner à la règle énoncée, la femme victime du viol doit également mériter le **'uqr** (dommage du viol) même s'il n'y a pas flagellation ou lapidation du coupable.

(3) A sous-entendre qu'après l'apostasie, il se refugie sur le territoire ennemi, pour rentrer par la suite repenti et reconverti.

(4) Au contraire des cas du vol et du viol, l'alcoolisme peut bien constituer un crime contre Dieu, où le droit de l'homme n'est pas entamé, surtout quand l'ivre n'a commis aucun tort aux autres.

donc de même si une entrave intervient après que la peine s'est imposée (mais n'est pas encore appliquée); cela empêchera la continuation de la peine (= elle ne sera pas revivifiée une fois que l'entrave s'en est allée).

De même s'il s'en est rendu coupable alors qu'il avait apostasié et qu'il était incarcéré sous l'autorité du chef de l'Etat musulman, puis qu'il se repente, alors on ne le tiendra plus pour responsable et il n'aura pas à subir la peine définie pour fait de consommation de vin ou de boisson enivrante.

Car il a commis cet acte alors qu'il était un mécréant. Il en est ainsi parce que le mécréant croit en la licéité de la consommation du vin. Comme les peines définies ont été promulguées comme dissuasion de commettre des causes entraînant ces (peines), il faut que celui qui commet ce (crime) croit en la qualité interdite de cette cause de la peine (ici, la consommation d'alcool), pour que la dissuasion ait effet sur lui.

suite: Mais on le tiendra pour responsable de toute autre violation des limitations imposées par Dieu.

comm. Car l'(appotat) croit en leur qualité d'interdiction.(1) Et le chef de l'Etat musulman a la capacité de lui infliger la peine, puisque le (coupable) est en sa main.

• 4043. A supposer que cet (apostat) ne soit pas en la main du chef de l'Etat au moment où il se rend coupable dudit (crime),(2) puis qu'il se reconvertisse à l'Islam avant de se réfugier sur le territoire ennemi (pour en rentrer plus tard reconverti à l'Islam), dans ce cas aussi la peine sera écartée de lui.

comm. Car il a commis le (crime) au moment où il était en état de guerre, (**mukhârib**). Il en est ainsi parce que dès qu'on apostasie, on se croit être en état de guerre (**mukhârib**) avec les Musulmans, si possible. Toutefois tant qu'il est incarcéré par le chef de l'Etat musulman, il n'a pas la capacité de s'apprêter (effectivement) pour la guerre. Pour cette raison, on ne le déclare pas belligérant (**kharbî**). Au contraire, s'il est loin du chef de l'Etat musulman, de sorte que ce dernier ne peut pas mettre la main sur lui, alors il lui est possible de s'apprêter (effectivement) pour la guerre, chose en la licéité de laquelle il croit. Donc on le considérera **de jure** en état de guerre, comme dans le cas de celui qui s'est déjà réfugié sur le territoire ennemi.

• 4044. A supposer qu'un (Musulman) mérite la peine de mort en vertu du talion - ou la peine définie pour avoir injurié une femme dans sa chasteté-puis qu'il apostasie et se réfugie sur le territoire ennemi, si par la suite il dit aux Musulmans: "Je veux faire la paix avec vous, à condition que vous me donniez l'immunité au sujet de ce que j'ai commis", il faut que les Musulmans ne lui octroient pas l'aman à cette condition.

(1) La raison invoquée par Sarakhsî est peu convainquante. Chaibânî semble penser aux crimes contre les droits de l'homme.

(2) Le sens n'est pas clair. S'agit-il du territoire sous occupation des apostats rebelles?

comm. Car cette condition est contre la règle de la loi islamique. Le Prophète a bien dit: "Toute condition qui n'est pas tolérée par la prescription divine (le Qur'ân), est nulle". Une autre raison en est que la peine que cet homme a méritée concerne le droit de l'homme. En effet l'application du talion n'est de la compétence que du représentant des droits de l'assassiné, et personne d'autre n'a la faculté de faire tomber (du coupable) cette (peine). Dans le cas de l'injure à la chasteté féminine, c'est la victime de l'injure qui a le droit de réclamer la peine définie contre le coupable; et si la vicitime elle-même n'a pas la faculté (selon la loi islamique) de
faire tomber (du coupable) cette peine, comment * quelqu'un d'autre peut-il donner 1933
au (coupable) l'immunité contre l'application de la peine? Il est donc évident que celui qui donnerait l'aman à cette condition s'imposerait quelque chose qu'il serait dans l'incapacité de remplir.

• 4045. A supposer que le chef de l'Etat musulman lui fait octroyer l'aman à cette condition, il ne faut pas qu'il la lui remplisse, et cela en vue de de cette parole du Prophète: "Remettez les dispositions de l'ignorance (conformes) à la pratique autorisée".(1)

En effet cette acceptation (de la condition illégale) est venue d'une ignorance, car le (chef) a accepté de laisser tomber de cet homme le tort qu'il avait causé aux droits de l'homme. Il faut donc que le chef lui applique ce que de droit, quand la partie en cause le demande, et qu'il ne prenne pas en considération cette condition stipulée.

comm. Si cet homme dit: Si vous ne remplissez pas la condition qui a été stipulée lors de l'aman, renvoyez-moi à mon lieu de sécurité", le chef ne le fera pas non plus pour cet homme.

Car il s'agit d'un apostat que le chef a pu saisir. Il ne faut donc en aucun cas donner à cet homme la possibilité de redevenir belligérant contre les Musulmans.

• 4047. Si un tel homme offre la paix sur une telle base, et que les Musulmans sachent qu'il ne se rendra pas à eux à moins qu'eux-mêmes répondent favorablement à cette condition, il faut alors traiter avec lui de façon qu'il n'y ait pas besoin de mentir, et que cet homme ait cependant l'impression qu'on lui a accordé ce qu'il demandait.

comm. C'est-à-dire qu'il faut que les Musulmans se servent de formules ambiguës (**ma'ârîd**), car "dans les formulles ambiguës il y a possibilité d'écarter le mensonge". Une telle (ruse) est permise quand on agit avec les ennemis en guerre, car le Prophète a dit: "la guerre est une ruse". Nous avons eu l'occasion de dire (cf • 113) que le Prophète s'en est servi lors de la bataille du Fossé en disant: "C'est peut-être nous qui le leur avions demandé de faire." Il en est ainsi parce qu'il n'est point permis de mentir. Il ne faut donc pas qu'un Musulman mente délibérément, en aucun cas.

(1) Cf. **supra** IV, 66.

1934 • 4047. * Si cet homme refuse toute chose autre que cet accord précis (de ce qu'il réclame), on peut le lui donner, en ajoutant dans le traité de paix quelque formule qui casse la paix, mais de sorte que cet apostat ne le soupçonne pas, pour que le but en soit atteint par cette voie.

comm. On se fonde ici sur le récit selon lequel quand la délégation des Thaqîf se rendit auprès du Prophète, elle dit: "Nous voulons embrasser l'Islam, à condition que nous n'ayons pas besoin de faire des courbettes", c'est-à-dire nous ne voulons pas célébrer les offices de prière où l'on s'incline et se prosterne. Le Prophète fit la paix avec eux sur cette condition, et ajouta à la fin du traité de paix: "à condition qu'ils aient les mêmes droits que les (autres) Musulmans et les mêmes devoirs qu'eux". Puis le Prophète leur donna ordre de célébrer les offices de prière, et fut d'avis que cette formule-là (dans le traité) cassait ce qui précédait (dans le document de la paix).(1)

• 4048. Si on n'a pas pu faire cette (ruse) et qu'on ait dû consentir, dans le traité de paix, à tout ce que l'(apostat) demandait, il ne faut quand même pas lui remplir cette condition.

comm. Car elle est chose interdite par la loi islamique. Le consentement donné par les (Musulmans) à la stipulation était aussi une chose interdite par la loi. Or si on a déjà commis une chose interdite, cela n'autorise pas (**litt.** n'ouvre pas la voie), selon la Loi, à commettre une autre chose interdite.

• 4049. Il en est de même si un groupe d'apostats demande l'aman sur la condition qu'ils deviendront des Dhimmîs ((Sujets non-musulmans de l'Etat islamique) et payeront le tribut: il ne faut pas leur donner l'aman sur cette condition.

comm. Car la peine de mort pour un apostat est une règle imposée en tant que peine définie (**hadd**)(2) et il n'est pas permis de renoncer à l'application d'une peine définie, ou de la reporter en contrepartie de biens matériels. En outre, le but qu'on se propose en consentant au contrat de naturalisation pour les ennemis en guerre n'est pas qu'ils (nous) paient quelque argent, mais que l'ennemi en guerre s'impose * la loi islamique en ce qui concerne les transactions contractuelles (**mu'âmalât**). Comme l'application des règles de la loi islamique à un apostat est chose indispensable,

---

(1) Il semble que la mémoire ait fait défaut ici à notre savant Sarakhsî dans sa prison. L'histoire de la tractation des Thaqîf avec le Prophète est bien connue (cf Hamidullah, **Le Prophète de l'Islam,** I, 327-330), mais la concession au sujet de la prière n'est nulle part citée; ledit addendum au traité non plus. Selon les sources dont nous disposons, les Thaqîf avaient certes exigé l'exemption des prières, des impôts, du service militaire, et l'autorisation des boissons alcoolisées, de la prostitution et de la conservation du temple de leur idôle al-Lât; Mais le Prophète ne consentit qu'à l'exemption des impôts et du service militaire. Après le départ de la délégation, qui se rallia à cette condition, le Prophète expliqua à son entourage que, dans peu de temps, quand les Thaqîf seraient bien pénétrés de l'Islam, ils renonceraient d'eux-mêmes à ces exemptions et comporteraient comme tous les autres Musulmans. Il n'y a pas question de ruse, dans cette tractation faite en temps de paix.

(2) Cf. supra IV, 13.

l'octroi de l'aman en sa faveur n'aurait d'autre effet que de se montrer avide d'argent. Or cela n'est pas permis.

• 4050. * Si pourtant on leur consent cette condition-là et qu'ils se rendent
chez nous, on leur proposera l'Islam; et s'ils le refusent, on les punira de mort. En 1935
aucun cas il ne sera permis de les renvoyer dans la lieu de leur sécurité.

comm. Car rien que la peine de mort est chose imposée à un opastat s'il refuse de se reconvertir à l'Islam. Le Prophète a bien dit: "Quiconque change de religion (=quitte l'Islam), mettez-le à mort".[1]

• 4051. Si les (apostats) offrent une trêve, nous avons déjà mentionné[2] qu'il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman conclue une trêve avec eux, sauf dans le cas de détresse, où il n'a pas suffisamment de force pour les combattre. Mais dans ce cas, on n'acceptera d'eux aucune compensation pécuniaire pour faire la trêve;

comm. Car cela ressemblerait au tribut;

suite: Et s'il l'a obtenue pour tant, il la gardera dans le Trésor Public Islamique.

comm. Car il s'agit des biens des apostats; et toute propriété des apostats, qui n'est pas encombrée du droit de leurs héritiers, est destinée au Trésor Public.

• 4052. Cela au contraire du cas des Khârijites: si on obtient de ceux-ci quelques biens en contrepartie de la trêve, on les gardera provisoirement dans le Trésor Public, jusqu'à ce qu'ils se repentent, auquel cas on les leur rendra.

comm. * Car les Loyalistes ne peuvent en aucun cas faire butin des biens des 1936
Khârijites, au contraire des biens des apostats une fois que ceux-ci sont devenus belligérants.

suite: Sur le même principe, si un ennemi venu sur notre territoire sous sauf-conduit a mérité quelque peine, puis qu'il rentre sur le territoire ennemi pour demander ensuite aux Musulmans de lui accorder l'aman (ici, l'exemption de la pénalité encourue), sur la condition qu'il paie (quelque argent), le (chef musulman) n'en obtiendra pas possession sur cette condition.[3]

comm. Car il s'agit là des droits de l'homme; et en cela, l'ennemi venu sous sauf-conduit et l'apostat sont pareils.

• 4053. A supposer que les Musulmans capturent ce (coupable) après son retour sur le territoire ennemi, toutes les peines qu'il méritées seront annulées, sauf le talion pour la vie (=pour le meurtre).

---

(1) Cf. supra IV, 162, au ch. 179.

(2) Supra IV, 3.

(3) Apparemment il s'agit du même grand principe: le crime commis sur le territoire islamique ne s'efface pas par le retour en territoire ennemi, au contraire du crime commis sur le territoire ennemi. Voir supra IV, 108.

comm. Car maintenant il est réduit en esclavage. Or la qualité d'esclave exclut l'application **ab initio** du talion visant un organe; donc aussi qu'un tel (talion) subsiste (après une entrave), au contraire du talion visant la vie, car celui-ci ne peut pas être empêché **ab initio** si (le coupable) est un esclave, (non plus donc sa renaissance après une entrave).

• 4054. En ce qui concerne les biens (que cet ennemi, maintenant captif, a pillés), il est à signaler que les dettes ne grèvent pas un esclave, sauf dans la limite de la valeur de sa personne. Donc la responsabilité pécuniaire ne subsistera (sur ce captif) qu'avec cette restriction (**litt.** description). Or dans le cas présent, il n'y a pas de raison que cette dette grève la personne de cet esclave.

comm. Car le titre de propriété sur l'esclave n'a été acquis en faveur du capturant (conquérant) qu'après que la cause imposant la dette a été acquise. Par conséquent sa dette tombera.

• 4055. De même, en ce qui concerne les (rebelles) Khârijites: s'ils se rendent coupables de quelque chose de ce genre, avant d'avoir obtenu la puisance résistante, et que par la suite ils l'obtiennent et que plus tard ils demandent la paix à condition qu'on ne les tienne plus pour responsables de ce dont ils se sont rendus coupables,
937 alors il ne faut pas faire la paix avec eux à cette condition. Excepté si, dans * ces circonstances, ils ont encouru une peine définie (**hadd**) pour avoir consommé des boissons alcoolisées, ou pour tout autre acte sanctionné par une peine définie: dans ce cas leur délit tombera dès qu'ils deviendront belligérants, (et on ne les en tiendra pas pour responsables) quant ils repentiront. Pas de grief donc à ce que le chef de l'Etat musulman fasse la paix avec eux sur la condition qu'on laissera tomber de tels délits sanctionnés par une peine définie.[1]

comm. Car cette condition est conforme à la règle de la loi islamique.

suite: De même, les délits dont les (Khârijites rebelles) se sont rendus coupables après avoir acquis la puissance résistante: ces (délits) tomberont, (et le tribunal ne les punira pas pour cela) quand ils se repentiront. Toutefois on exigera d'eux qu'ils redent (à qui de droit) les biens qu'ils ont encore intacts en leurs mains. Donc s'ils demandent la paix à condition qu'on leur laisse ces biens, il ne faut pas que le chef de l'Etat musulman fasse la paix avec eux sur cette condition; et même s'il l'a faite, il ne faut pas qu'il remplisse cette stipulation, mais qu'il leur donne l'ordre de rendre ce qu'ils ont d'encore intact en leurs mains, des biens des Musulmans ou des Dhimmîs. En effet c'est seulement des délits contre Dieu qu'il ne les tient pas pour responsables.

comm. Car un laps de temps trop prolongé empêche l'application de ces peines définies (par prescription libératoire); à cela fait allussion cette parole du (calife) 'Umar: "Ceux qui attesstent un délit sanctionné par une peine définie et dont ils n'ont pas témoigné en son temps, ne l'attestent (maintenant) que par rancune et

(1) L'auteur pense sans doute aux délits contre les droits de Dieu.

heine." l'exemple (**litt.** la cause) le plus manifeste de la prescription libération (**tatâwul**) est le fait de se trouver hors de la juridiction des Loyalistes.

• 4056. Si un apostat qui (1) s'est rendu coupable de quelque délit contre les droits de l'homme, se trouve dans un des fortins des ennemis en guerre, puis qu'il demande l'aman à la condition qu'on fasse tomber sa responsabilité, avec la promesse d'ouvrir la porte du fortin aux Musulmans, alors ce cas est pariel à ce qui a précédé.

comm. * Car il n'est pas à la discrétion du chef de l'Etat musulman (de laisser tomber) les délits commis contre les droits de l'homme. En cela il est égal qu'on ait ou non le besoin pressant. 1938

• 4057. Toutefois si cet homme a consommé quelques biens, mais ne s'est pas rendu coupable d'effusion de sang, et si le chef de l'Etat voit quelque intérêt (utilité) pour les Musulmans en cette concession, alors pas de grief à ce qu'il octroie l'aman à cet homme sur cette condition; mais par la suite le chef donnera à la personne qui avait le droit sur ces biens (consommés par cet apostat) une compensation aux dépens des butins.

comm. Car le chef de l'Etat a la prérogative de donner une partie des butins à celui, en particulier, qui ouvre aux Musulmans la porte d'un fortin (ennemi). Donc il aura la faculté de le faire en faveur d'un apostat qui promet de se reconvertir à l'Islam, et(2) d'ouvrir aux Musulmans le fortin (ennemi).

• 4058. Au contraire des délits sanctionnés par le talion visant la vie, et du délit d'injure à la chasteté d'une femme: dans de tels cas le chef de l'Etat musulman n'a pas la capacité de prendre sur les butins (3) des Musulmans les biens à donner à la place de cet (apostat) à ceux qui y ont droit (à cause du meurtre). Donc il ne faut pas que le chef octroie l'aman à cet (apostat) sur cette condition. Et Dieu sait mieux la vérite.

• Chapitre (187) 1939

DE CE EN QUOI ON AJOUTE FOI À LA PAROLE D'UN APOSTAT, POUR QUE SA FEMME NE DIVORCE PAS D'AVEC LUI DE FAÇON DÉFINITIVE, ET DE CE EN QUOI ON N'Y AJOUTE PAS FOI

• **4059.** (Chaibânî) dit ceci: Si un prisonnier de guerre rentre en territoire islamique, et que sa femme le cite en justice devant le juge pour dire: "Cet homme a apostasié, et je suis définitivement divorcée d'avec lui", et si l'autre dit: "Le roi des (ennemis) m'y a contraint, et m'a dit qu'il me tuerait ou bien que je devienne mécréant (pour embrasser la religion de ces ennemis), et je l'ai fait sous contrainte"

(1) Le mot الذي manque à l'éd., suppléé d'après le MS de Beyrouth.

(2) Ainsi "et" d'après le MS de Beyrouth, l'éd. portant و

(3) Ainsi مغانم d'après le MS de Beyrouth, l'éd. portant غنائم

alors c'est la parole de la femme qui prévaudra, et l'on n'ajoutera pas foi à la parole du prisonnier (=mari), sauf sur preuve.

comm. Car la raison exigeant la séparation (des époux) est le déroulement de la parole de mécréance sur la langue. Or ce fait est établi du moment que tous deux confirment l'un l'autre. Après quoi l'(ex-)prisonnier se réclame d'une autre raison, qui est letente, afin de modifier par là le statut légal (=l'effect) découlant de la cause patente. Donc on ne lui ajoutera pas foi à ce sujet, sauf sur preuve. Ce qui explique cette (prise de position) c'est qu'il attribue la cause exigeant la séparation, à un état anormal, à savoir la contrainte. Dans un tel cas, on n'admet pas sa parole, sauf sur preuve. Par exemple s'il dit: J'ai divorcé d'avec ma femme, en répétant la formule de divorce par trois fois, et cela alors que je souffrais de folie": si on n'a jamais connu auparavant cet homme souffrant de folie, on n'admettra pas la présente affirmation, sauf sur preuve.

• 4060. A supposer que des témoins attestent que le roi (ennemi) a dit à ce (prisonnier): "Ou bien je te tuerai ou bien tu deviendras mécréant" (c'est-à-dire
1940 non-Musulman), * mais qu'on ne sache pas la suite, s'il a alors apostasié ou non: si (à son retour) le prisonnier dit: "J'ai fait se dérouler sur ma langue la formule de l'apostasie juste à ce moment-là (de la menace), mais ni avant ni après", alors c'est la parole du prisonnier qui prévaudra.

comm. Car l'attestation des témoins a déterminé la situation entendue; donc quand le mari attribue la cause entraînant la séparation entre les époux à une telle situation sous-entendue, qui empêche que la séparation ait lieu, alors c'est la parole du mari qui prévaudra. Par exemple s'il dit: "J'ai prononcé la formule de divorce par trois fois alors que j'étais un garçon mineur". Tel est le statut légal, car si la situation sous-entendue est une chose connue, les apparences témoignent en faveur de ce (garçon), et au fond il nie le fait causant la séparation maritale. (Comme la preuve est exigée de celui qui nie qui prévaudra, étant donné que les apparences témoignent en sa faveur. Au contraire, si la situation n'est pas chose connue, alors sa parole comportera une réclamation pour empêcher l'effet d'une cause. Donc s'il nie, ce sera pour une chose qui aura eu lieu nouvellement. Par conséquent on n'admettra pas sa parole, sauf sur preuve.

suite: Il en sera de même si ce n'est pas sa femme qui le cite devant le juge, mais un autre Musulman quelconque.

comm. Car cette interdiction (à l'apostat de garder sa femme musulmane) est un droit général (**litt.** droit de la loi islamique). Donc tout Musulman a la faculté d'y prendre part active, pour la cause divine (**litt.** au titre de l'action sous la loi de la **hisba**, c.-à-d. celle qui exige de commander le bien et d'interdire le mal au public).

• 4061. (Chaibânî) continue: si la femme affirme que son époux a divorcé d'avec elle en répétant la formule du divorce par trois fois, et si le mari dit: Je souffrais de **birsâm** (délire[1]), ou d'une maladie qui emportait ma raison, ou de la

(1) Le **birsâm**, pour notre auteur, n'est pas la pleurésie; voir la note à la fin de ce chapitre.

folie, et ce (divorce) émanait de moi alors que j'étais dans une telle situation, il faut distinguer: Si on n'a jamais auparavant connu cet homme souffrant de cela, alors c'est la parole de la femme qui prévaudra; mais si on l'a connu souffrant déjà de cela, alors c'est la parole du mari qui prévaudra. De même si les témoins attestent l'avoir vu une seule foi soffrir de la folie, alors aussi c'est la parole du mari qui prévaudra.

comm. Car la folie est devenue, par ce témoignage-là, quelque chose de connu (ou:habituel) chez cet homme. Donc si cette attribution (de la folie) se référait à une situation connue (habituelle) qui interdit la séperation maritale, alors on admettra la parole du (mari) à ce propos si elle est accompagnée d'un serment.

suite: * Il en sera de même s'il a dit: "J'ai divorcé d'avec elle alors que je 1941
dormais", alors aussi c'est sa parole à lui qui prévaudra.

comm. Car dormir (et parler en rêve) est une chose habituelle pour tout homme, come le fait que tout adulte a été (autrefois) un petit (garçon mineur)[1]. Donc s'il attribue (le divorce) à une telle situation il le nie virteullement.

Ne vois-tu pas ceci? S'il dit: "J'ai divorcé d'avec elle avant ma naissance" ou: "...avant de l'avoir épousée", on admettra sa parole, et on la traitera comme niant le fait du divorce. Il en sera donc de même dans le cas qui précède.

• 4062. Au contraire si l'homme dit: "J'ai bu jusqu'à être ivre. Ma raison s'en est allée, et c'est ainsi que j'ai divorcé d'avec elle" ou: "...j'ai apostasié", l'effet légal, pour la question du divorce, est que sa femme est divorcée d'avec lui définitivement (=irrévocablement), peu importe si la femme le confirme ou infirme à propos de l' (ivresse);—

comm. Car l'ivresse n'empêche pas que le divorce prononcé alors ait lieu[2]. Donc la situation à laquelle le mari attribue le divorce ne sera pas efficace pour empêcher que la séparation maritale ait lieu. Au contraire du cas du sommeil. C'est ainsi parce que l'homme ivre possède sa raison, sauf qu'ell est dominée par la gaieté, chose qui empêche qu'il se serve de sa raison. Cela ne fait que cet homme cesse d'être un homme possédant sa raison. Au contraire du cas de celui qui consomme du hachiche (**banj**, en indien: **bhang**) au point que sa raison s'en aille. Car en effet le hachiche fait évanouir la raison. Le cas de celui qui dort est différent, car lors du sommeil on est selon la loi dans un état pareil à celui qui n'a pas la raison. A cela fait allusion cette parole du Prophète: "La plume (du juge pénal) est écartée de trois: de celui qui dort, jusqu'à ce qu'il se réveille; du malade (**mubtalà**, éprouvé par une maladie qui lui enlève la raison), jusqu'à ce qu'il guérisse; et du mineur, jusqu'à ce qu'il grandisse". Le statut de l'homme ivre est comme celui d'un voyageur coupé de ses biens: les impôts continuent de rester à sa charge, même s'il n'a pas la possibilité

(1) L'argument paraît laisser à désirer. Parler en sommeil est une chose, mais prouver avoir parlé en sommeil et non en état de veille et en toute conscience est toute autre chose et ne se prouve pas si facilement.

(2) A notre avis, cette règle est promulguée comme une des sanctions contre l'acoolisme, un moyen d'en dissuader.

(pendant le voage) d'y mettre la main; au contraire du cas de celui dont les biens sont détruits **de facto**, ou même **de jure** comme par exemple si quelqu'un les a usurpés et nie le fait;—-

1942 * **suite:** Mais pour l'effet de l'apostasie, si on sait qu'il a (apostasié) quelquefois en état d'ivresse, alors c'est sa parole à lui qui prévaudra; sinon, on n'admettra pas sa parole.

comm. Car (l'apostasie ordinaire cause le divorce entre les époux mais) l'apostasie déclarée pendant l'ivresse ne cause pas le divorce automatique (**litt.** l'ivresse empêche que la séparation maritale ait lie par cause d'apostasie). En effet l'homme ivre qui radote s'échappe rarement à une telle (apostasie). Mais l'apostasie n'est décrétée que quand il y a conviction. Or un ivrogne ne croit pas à ce qu'il dit. Donc quand il attribue (l'apostasie) à une situation inconnue de lui, on n'admettra pas son affirmation; mais s'il l'attribue à une situation connue (habituelle) de lui, on admettra sa parole, et l'on ne prendra pas en considération la parole de sa femme, peu importe qu'elle l'y confirme ou infirme. Car le fait que la femme (répudiée) pendant l'ivresse) est interdite dorénavant à son mari, est un droit absolument général (**litt.** droit de la loi islamique, cf. **supra** début de IV, 215).

• 4063. A supposer que l'épouse dise au juge: "J'ai entendu mon mari dire: Le Christ est fils de Dieu", et si le mari dit: "Je l'ai dit en citant la parole de ceux qui le disent", il faut distinguer: S'il n'a prononcé que cette parole-lâ (sans dire que ce n'était qu'une citation), la femme sera divorcée définitivement (à cause de l'apostasie du mari);—

comm. Car ce qui reste dans son esprit ne peut pas avoir la capacité d'abroger l'effet de ce qu'il a prononcé, étant donné que ce qui reste dans son esprit a moins de force que ce qu'il prononce. Or une chose ne peut être abrogée que par quelque chose de pareil ou de supérieur.

Ne vois- tu pas que s'il divorçait d'avec sa femme avec, dans l'esprit, quelque exception, le divorce quand même surait lieu, par ce même point juridique? Et il sera égal que la femme confirme ou non ce que l'homme prétend;—

• 4064. Au contraire s'il dit: "J'avais dit une phrase composée et dit que les Chrétiens disent que le Christ est fils de Dieu", ou: "J'ai dit que le Christ est fils de Dieu selon la parole des Chrétiens et ma femme ne m'a entendu que partiellement", et si la femme affirme: "Il ment", alors c'est la parole du mari qui prévaudra, si elle est accompagné d'un serment, au contraire du cas précédent.

1943 **comm.** * Car le mari n'avoue pas ici la cause qui exigerait la séparation maritale, étant donné qu'une telle parole (que: telle est la thèse des Chrétiens) n'entraîne pas la séparation maritale (en tant qu'apostasie d'un Musulman). Donc au fond le mari nie ce que prétend la femme comme cause de la séparation maritale. Ce sera à l'instar de la parole du mari qui dirait: "J'ai dit à ma femme: tu es divorcée par trois fois si Dieu le veut": si la femme dément quant à cette restriction, alors c'est la parole du mari qui prévaudra, et cela pour le même point juridique que nous venons de mentionner. Il en sera donc de même ici.

• 4065. De même si le mari dit: J'ai dit à haute voix que le Chirst est fils de Dieu, et à voix basse le reste de la phrase, toutefois j'ai dit ce reste en le joignant à ce que j'ai dit à haute voix", alors aussi c'est sa parole qui prévaudra (en l'absence de toute autre preuve). Toutefois s'il y a des témoins qui attestent contre lui * qu'ils l'ont entendu dire: le Christ est fils de Dieu, et que cet homme n'a rien dit d'autre chose (additionnelle), alors le juge déclarera que la femme est définitivement divorcée de son mari, et ne donnera pas raison à l'homme (=au mari) dans son décret judiciaire.

comm. Car les témoins ont prouvé la cause exigeant la séparation maritale. Or sa propre parole ne peut pas être admise pour ce qui annulerait le témoignage porté par les témoins, au contraire du cas précédent, car là la cause de la séparation s'était jointe à une phrase qui empêchait que la séparation eût lieu. Voilà pourquoi nous avoins déclaré que c'est sa parole à lui qui prévaudrait. Si l'on disait: "Mais comment peut-on admettre la parole de témoins qui disent que cet homme n'a rien dit d'autre? C'est cependant de leur part un témoignage négatif. Or le témoignage négatif n'est pas admis". Nous dirions: "C'est parce que le divorce n'a pas lieu sur la base de ce témoignage, mais sur la base de ce qui l'a précédé et qui est quelque chose de positif (=affirmation du mari que le Christ est fils de Dieu), et qui est à l'instar du témoignage de témoins qui diraient: cet homme-là est le frère du défunt, et nous ne lui connaissons pas d'autre héritier".

Ce qui explique cela c'est que leur parole: "cet homme n'a rien dit d'autre" contient quelque chose de positif, à savoir que "ce qu'il prétend comme phrase additive était restée dans son esprit, et n'existait pas dans sa parole". Une telle chose n'a pas la capacité d'abroger la conséquence que sa parole exige. Une autre raison est que dans leur témoignage ces (témoins) ont prouvé le silence de ce (mari), car ils disent: "Il n'a rien dit d'autre". Donc son silence est quelque chose de positif et tangible. Cela au point que si les témoins avaient dit: "Nous ne savons pas si cet homme l'a dit ou non, toutefois nous n'avons entendu de lui que cette parole, à savoir que le Christ est fils de Dieu", dans ce cas c'est la parole du (mari) qui prévaudra, et l'on ne saura le séparer de son épouse. Car dans ce cas les témoins n'ont * pas prouvé que la chose additive était restée dans son esprit, et n'existait pas 1944
dans sa parole; au contraire ils disent: "Nous n'avons pas entendu". Tout comme eux ne l'ont pas entendue de lui, le juge ne l'a pas entendue non plus, cependant que les (témoins) s'attribuent à eux-mêmes la négligence et la manque d'écoute. Voilà pourquoi c'est la parole du (mari) qui prévaudra. Sur le même principe (nous dirons que), si quelqu'un prétend avoir parlé d'une restirction dans le **khul'** (demande de divorce de la part de la femme, offrant un avantage au mari, c'est-à-dire le divorce par consentement mutuel des deux époux) qu'il a accordé le **khul'** (divorce par consentement mutuel) ou la **talâq** (divorce sur l'initiative du mari tout seul), mais s'ils ne mentionnent aucune restriction,—par exemple s'ils attestent que cet homme a accordé le **khul'**—ou donné le **talâq**—sans mentionner la restirction, ou s'ils disent: "il a donné le **talâq** mais n'a pas mis de restriction", —dans ce cas la parole du (mari) ne sera pas admise.

• 4066. Si les témoins ont dit: "Nous n'avons entendu de lui autre chose que la formule du **talâq**", ou "...du **khul'**, alors le juge ne décrétera pas la séparation entre les deux époux, et c'est la parole du (mari) qui prévaudra à ce propos, sauf s'il apparait de lui quelque chose qui serait l'indice de la validité du **khul'**: par exemple
1945 * s'il a pris possession de la compensation (avantage proposé dans le **khul'**), ou quelque autre chose, alors on n'admettra pas la parole du (mari qui se dérobe).

comm. Tout cela découle du principe que nous venons de mentionner.

suite: Si on sait qu'une fois quelqu'un a souffert de la folie, et si sa femme dit: "Il est devenu apostat hier soir", ou: "Il n'a donné le divorce en répétant la formule par trois fois", et que l'homme dise: "La crise de folie m'est revenue hier soir, et j'ai dit cela alors que j'étais fou", alors c'est la parola du (mari) accompagné d'un serment, qui prévaudra.

comm. Car si la folie arrive une fois, elle colle pour toujours. Voilà pourquoi, une fois que la folie a eu lieu, que ce soit pendant que l'homme est petit ou grand, c'est un défaut qui colle à lui pour toujours. Et quiconque scrute l'intérieur des paupières des deux yeux de quelqu'un qui a souffert de la folie une fois, il se rendra compte que la folie a laissé ses traces en cet homme. Par cette affirmation-là, Chaibânî parle de quelque chose de connu et d'habituel.

• 4067. Mais si cet homme n'en a jamais souffert auparavant, on n'admettra pas sa parole, pour la raison que nous venons d'évoquer. Si le juge n'a pas encore donné l'ordre de la séparation entre l'homme et sa femme quand l'homme commence à souffrir de la folie, puis qu'il en guérisse, si par la suite il dit: "J'en ai souffert même avant", on n'y ajoutera pas foi, et sa femme sera définitivement divorcée de lui (à cause du divorce passé).

comm. Car si la crise de folie a lieu maintenant, cela n'est pas l'indice qu'elle existait même auparavant; mais si l'on sait qu'elle existé déjà, elle ne s'en va jamais de sorte qu'il n'en reste aucune trace. Voilà pourquoi nous admettons la parole du (mari) dans ce cas-ci, mais non dans le cas en discussion.

• 4068. Il en est de même en ce qui concerne le sommeil. Ainsi quand une femme affirme que son mari lui a donné le divorce dans l'après-midi, en répétant la formule par trois fois, et que le mari dise: "J'étais alors endormi quand j'ai fait cela", c'est la parole du (mari) qui prévaudra.

comm. Car on peut dormir à n'importe quel moment. Le sommeil est une chose qui va et vient, tout comme la crise de folie. Donc si le mari se l'attribue, ce sera quelque chose de connu et d'hatibuel.

• 4069. Si on sait qu'un mari s'est enivré il y a un mois, au point que sa raison s'en est allée, puis que sa femme dise: "Hier soir il a apostasié", mais que le mari dise: "Je me suis enivré hier soir comme je l'ai fait il y a un mois, puis j'ai apostasié alors que j'avais perdu ma raison", alors la femme sera définitivement divorcée d'avec lui, et l'on n'ajoutera pas foi à la parole du (mari).

comm. Car l'ivresse ne revient pas automatiquement après que sa cause s'en est allée, sauf quand on en renouvelle la cause. Or, qu'il ait renouvelé cette cause hier soir, cela n'est pas connu. Donc on n'admettra pas sa parole sauf sur preuve.

• 4070. Sur la même base, s'il est connu que les mécréants avaient contraint cet homme à faire profession de mécréance, si par la suite sa femme affirme qu'il a fait 1946
* profession de mécréance (=apostasié) encore une fois par la suite, et que l'homme la confirme au sujet de cette deuxième profession de mécréance, en disant que les (ennemis) l'y avaient contraint pour la deuxième fois, on n'admettra pas sa parole.

comm. Car il prétend que la même cause s'est renouvelée; ce qui n'est pas connu (:sans preuve on ne l'admettra pas).

suite: Il en sera de même si l'on sait que cet homme a souffert du **birsâm** (-délirant) il y a déjà un an, puis qu'il dise: “J'en ai souffert encore une fois”; ou si l'on sait que cet homme a consommé du hachiche il y a un an, puis qu'il dise: “J'en ai souffert encore une fois”; ou si l'on sait que cet homme a consommé du hachiche il ya un an, puis qu'il dise: “J'en ai consommé hier soir de sorte que ma raison s'en est allée”, on ne lui ajoutera pas foi, sauf sur preuve.

comm. Car tous ces faits ne reviennent pas sans qu'on les acquière en en renouvelant la cause[1]. La folie exceptée. Une autre raison en est que toutes ces choses s'en vont sans laisser de trace, et de sorte qu'elles ne reviennent jamais automatiquement. La folie et le sommeil (seuls) sont exceptés. Par cette explication apparaîtra la différence qu'il y a entre ces différentes catégories de cas. Et Dieu sait mieux.

1947

* Chapitre (188)

DE LA SÛRETÉ PERSONNELLE (KAFALA) ACQUISE AU MOYEN D'UN TOURISTE OU PRISONNIER (MUSULMAN) SE TROUVANT SUR LE TERRITOIRE ENNEMI

• 4071. (Chaibânî) dit ceci: Si les (ennemis) relâchent un prisonnier se trouvant sur le territoire ennemi, à condition qu'il leur procure une sûreté personnelle, pour (garantir) qu'il ne quittera pas leur territoire, et qu'un Musulman ou un Dhimmî ou même un ennemi en guerre s'en porte garant pour lui, si par la suite le (prisonnier) trouve la possibilité de s'enfuir, il ne lui faut pas trahir, le Musulman ou le Dhimmî (garant), mais il lui est loisible de trahir l'ennemi en guerre (qui est son garant) et de s'enfuir.

comm. Car s'il s'enfuit, ils vont mettre à mort ce garant, ou ils vont lui faire subir la torture. Puisqu'il a la faculté de tuer lui-même l'ennemi en guerre et de piller

(1) Cela implique que le birsâm n'est pas la "pleurésie", mais une espèce d'intoxication, au même titre que le hachiche.

ses biens puis de s'enfuir, il lui est également loisible de l'exposer au risque de la mort en s'enfuyant. Et puisqu'il n'a la faculté de tuer ni un Musulman ni un Dhimmî pour se sauver, il ne lui est pas non plus loisible de les exposer au risque de la mort en s'enfuyant.

• 4072. Si au lieu[1] d'un prisonnier de guerre, il s'agit d'un touriste qui est allé chez eux sous sauf-conduit, et si ces (ennemis) l'empêchent de rentrer jusqu'à ce qu'il leur fournisse une sûreté personnelle de cette même façon-là, alors il ne lui faut pas trahir son garant, que celui-ci soit un ennemi en guerre ou quelqu'un d'autre.

comm. Car un toruiste jouissant du sauf-conduit n'a pas la faculté de tuer un ennemi en guerre ou de piller ses biens, puis de s'enfuir. Donc il n'a pas non plus la faculté de l'exposer au risque de la mort. C'est ainsi parce qu'entre les ennemies et le prisonnier il n'y a pas de protection mutuelle; au contraire une protection mutuelle s'est établie entre eux et le touriste sous sauf-conduit, eu égard au fait que ce sont eux qui lui ont accordé le sauf-conduit cepandant que lui, il s'est imposé le (devoir) de ne pas les tromper. Donc eux aussi jouissent de la protection de la part de cet
1948 homme. * Cette protection (de la part des ennemis) est restreinte à ce (touriste), donc lui non plus n'a pas la faculté de trahir son garant.

• 4073. A supposer qu'un Musulman soit injustement opprimé chez les (ennemis), puis qu'un Musulman, un Dhimmî ou même un ennemi en guerre se porte garant pour le présenter à un jour déterminé pour que les (ennemis) le mettent à mort. Dans ce cas, pas de grief à ce qu'il trahisse son garant pour s'enfuir; et il est égal que cet homme ait ou non demandé qu'on se porte garant pour lui.

comm. Car s'il se présentait (au rendez-vous), il aiderait à se jeter de ses propres mains dans la destruction, chose qui n'est pas permise (par le Qur'ân 2/195).

• 4074. S'il s'enfuit et si les (ennemis) mettent son garant à mort, on ne considérera pas qu'il ait aidé (à cette mort). Au contraire s'il ne s'enfuit pas mais qu'il soit présenté par le garant (aux ennemis) qui le mettent à mort, c'est lui qui les aura aidés contre sa propre personne. Voilà pourquoi il lui est loisible de s'enfuir.

comm. Le plus qu'on puisse lui reprocher c'est que le risque de mort pour l'un des deux hommes s'est concrétisé. Or quand il y a un tel (choix), il est commandé au Musulman de commencer par écarter la destruction de sa propre personne.

• 4075. Mais à supposer que les (ennemis) lui disent: "Procure-nous une sûreté personnelle (=garant) pour toi, pour que ce garant te présente (devant nous) à telle date, pour que nous puissions exécuter contre toi la peine d'amende pécuniaire, ou d'emprisonnement ou d'enchaînement (des pieds)", et qu'il leur fournisse un garant musulman ou dhimmî, pour remplir cette stipulation, alors il n'a pas la faculté de trahir son garant, dans ce cas.

1949 **comm.** * Car il s'est fait lui-même entrer dans cette responsabilité et il s'est imposé de remplir la promesse du moment que c'est lui qui demande à ce

---

(1) Le mot مكان manque à l'éd. suplée d'après le MS de Beyrouth.

(compatriote) de se porter garant pour lui. Or les Musulmans observent scrupuleusement leurs stipulations (comme l'a commandé le Prophète). Au contraire du cas précédent, car là il risquait quelque chose pour sa vie, chose qu'en aucun cas il ne lui est permis d'autoriser et d'accomplir de son propre choix. Voila pourquoi il ne lui est pas permis d'aider les (ennemis) en cela en ne s'enfuyant pas malgré la possibilité qu'il en a trouvé; tandis qu'ici il risque quelque chose qu'il lui est permis de s'autoriser à lui-même et d'accomplir lui-même, en versant l'argent (de l'amende), ou en consentant à l'emprisonnement ou à l'enchaînement, donc il ne lui faut pas trahir son garant.

• 4076. Sur le même principe, s'il y a une Musulmane qui se trouve chez les (ennemis), et qu'elle fournisse un garant musulman ou dhimmî afin que celui-ci la présente (aux ennemis) le lendemain pour que quelqu'un d'eux la viole; ou même l'épouse, cependant qu'elle a un mari: dans ce cas, pas de grief à ce qu'elle trahisse son garant;—

comm. Car ce qu'elle risque c'est quelque chose qu'elle n'a pas la faculté d'autoriser en aucun cas. Donc cela et la mort, c'est pareil;—

• 4077. Au contraire si elle n'a pas de mari et si les (ennemis) veulent la marier à quelqu'un d'entre eux, il faut distinguer: s'il s'agit d'un Musulman (candidat au mariage), alors elle n'aura pas la faculté de trahir le garant; s'il s'agit d'un mécréant, elle aura la faculté de trahir * son garant.

comm. Car si le mari est un Musulman, ce sera un contrat quelle a la faculté d'instituer elle-même et d'y consentir. Au contraire si le mari est un mécréant, elle n'a en aucun cas la faculté à instituer un tel (mariage), non plus que d'y consentir.

• 4078. Et si les (ennemis) demandent à un homme de mécroire en Dieu, sous peine de le tuer, et s'il leur fournit une sûreté personnelle pour la faire présenter le lendemain, pas de grief, dans ce cas, à ce qu'il trahisse son garant.

comm. * Car la mécréance est une chose absolument interdite, et telle que son 1950
interdiction ne peut s'évanouir en aucun cas. Donc il n'est permis ni qu'on s'y autorise ni qu'on l'agrée, cela à l'instar du meurtre.

Ne vois-tu pas ceci? S'ils lui disaient: "Ou tu mécrois en Dieu ou nous tuerons l'homme que voici", il ne lui serait pas permis de mécroire en Dieu s'il y avait risque de mort pour quelqu'un d'autre. Mais s'il craint pour sa propre vie, il a la latitude de prononcer extérieurement la formule de mécréance, tout en gardant fermement la foi dans le coeur. Il en sera de même ici: il craint la mort d'autrui (son garant). Il est donc autorisé à fuir la mécréance et à abandonner son garant (à son sort).

• 4079. Si les (ennemis) disent: "Ou tu tues ce Musulman (ou ce Dhimmî) ou nous te tuerons", s'il a donné une sûreté personnelle pour le faire présenter le lendemain pour l'exécution de la (menace), il lui est permis de trahir son garant, (comme on vient de la mentionner), donc à plus forte raison ici.

comm. Car attenter à la vie d'un Musulman n'est absolument pas permis, et il est égal qu'on craigne pour sa vie ou pour celle d'autrui.

• 4080. S'ils disent[1] à un prisonnier de guerre: “Nous te laisserons partir à condition que tu nous donnes la protection, en t'abstenant de tuer qui que ce soit de nous clandestenement, de piller les biens de personne parmi nous, et de t'enfuir de notre pays”, et que cet homme le jure par serment: s'ils le relâchent, pas de grief à ce qu'il s'enfuie, tout en faisant l'expiation légale (cf Quran 5/89) pour la violation du serment. Car le Prophéte a dit: “Si quelqu'un jure quelque chose, puis qu'il voie qu'une autre chose est meilleure, alors, qu'il fasse ce qui est le meilleur, puis qu'il expie pour son serment”. Toutefois il ne lui faut ni les assassiner en tuant aucun d'eux, ni non plus piller les biens de personne.

comm. Car il leur a expressément donné la garantie sur ce sujet. Il est donc devenu comme un touriste qui serait allé chez eux sous sauf-conduit. Or nous avons
1951 mentionné (IV 219) * qu'il n'est pas permis à un touriste jouissant de leurs biens; mais qu'il lui est permis de quitter leur pays à leur insu et sans leur consentement. Il en est donc de même pour un prisonnier de guerre, quand il leur a donné la garantie pour un tel (comportement étant donné que cet homme n'est plus un prisonnier mais qui est mis en liberté).

• 4081. Si un prisonnier leur donne une sûreté personnelle en fournissant un Musulman ou un Dhimmî, et en promettant qu'il ne quittera pas leur pays, puis que le garant lui obéisse et que les deux s'enfuient, pas de grief là-contre.

comm. Car s'il lui est interdit de s'enfuir, c'est pour le droit du garant et sans que lui-même se soit imposé quoi que ce soit vis-à-vis des ennemis en guerre. Donc si le garant collabore avec lui, alors l'empêchement s'en va. Si l'on disait: “Mais comment s'impose -t-il l'observance de ce droit du garant, alors que les ennemis en guerre ont commis une prévarication en l'incarcérant? Or la victime d'une prévarication a la faculté d'écarter de lui la prévarication, dans la mesure de son possible”. Nous dirions: “Oui, mais la victime d'une prévarication n'a pas la faculté de prévariquer contre un Musulman sur le territoire islamique, et que celui-ci lui fournisse un garant, il ne sera pas licite à cet homme de trahir son garant, même s'il sait qu'il est victime d'une prévarication. Il en sera donc de même ici”.

• 4082. Si les (ennemis) lui disent: “Nous te relâchons et te donnons l'aman et tu nous donnes l'aman, sur la condition que tu ne quittes pas notre territoire”, et qu'il le promette, et si par la suite il trouve la possibilité de s'enfuir, il n'y a pas à lui en faire grief;—

comm. Car il est maintenant comme un touriste chez eux, jouissant du sauf-conduit;—

suite: Mais s'il leur a fourni comme sa sûreté personnelle un ennemi en guerre (leur compatriote), il ne lui sera pas licite de trahir son garant, au contraire du cas précédent.

---

(1) Ainsi قالوا dans le MS de Beyrouth l'éd. portant: قال

Car dans le cas présent il n'a la latitude ni de tuer quelqu'un d'eux ni de piller ses biens; donc il n'a pas la latitude non plus de trahir son garant.

suite: * Toutefois si le garant lui-même collabore avec lui dans la fuite, alors 1952
il n'y a pas à lui faire grief s'il s'enfuit.

comm. Car l'empêchement était le droit du (garant et non celui des ennemis en guerre. L'indice en est que s'il n'avait pas fourni un garant, il aurait la liberté de s'enfuir.

suite: A supposer que ce garant l'accompagne dans la fuite, sous sauf-conduit (protection), puis que le (garant) lui dise par la suite: “Rentre avec moi dans le territoire ennemi”, le prisonnier n'a pas l'obligation de le faire.

comm. Car déjà l'effet de la protection expire, quand il rentre sur le territoire islamique. Que dire, donc, de l'effet de la sûreté personnelle? Ne vois-tu pas que si cet ennemi en guerre rentre sur le territoire ennemi, il sera hors de la protection à lui accordée par le prisonnier, et il sera licite pour cet (ex-prisonnier) de le tuer?

suite: Il n'y a pas à faire grief à un prisonnier musulman s'il gratifie quelqu'un des ennemis afin que celui-ci le laisse regagner le territoire islamique. Car il place ses biens devant sa personne, chose que le Prophète a commandée à un de ses compagnons en lui disant: “Place tes biens devant ta personne, et ta personne devant ta religion”.

comm. On se fonde ici sur le récit concernant ‘Abdallâh ibn Mas‘ûd, qui fut incarcéré en Abyssinie (alors qu'il s'y était réfugié avant l'Hègire). Il leur donna comme gratification deux dinars d'or, et ils le relâchèrent[1]. Nous apprenons ainsi que la gratification n'est pas quelque chose d'impie (**suht**) pour celui qui l'offre (dans de telles circonstances, et non pour violer le bon droit de quelqu'un d'autre), même si elle est chose impie pour celui qui la reçoit; un tel (opprimé) ne tombe pas
sous le coup de la parole du Prophète: * “Celui qui offre la gratification et celui qui 1953
accepte la gratification, tous deux iront dans l'enfer”. Le Prophète a dit cela contre celui qui offre la gratification pour causer une prévarication, ou pour faire du tort à autrui. Au contraire s'il cherche par là à écarter de lui un tort, ou à obtenir quelque utilité (avantage) sans faire aucun tort à autrui, il n'y a pas à lui faire grief s'il donne à l'autre une partie de ses biens, afin d'écarter de lui la prévarication.

(Chaibânî) poursuit: Abû'ch-Cha‘thâ' Jâbir ibn Zaid disait: Au temps d'al-Hajjâj ibn Yûsuf (gouverneur umaiyâd de l'Iraq) il n'y avait rien de meilleur que de donner des gratifications (aux policiers pour se sauver de la tyrannie).

comm. L'indice du fait que c'était chose bonne, est qu'il n'ya a pas de péché pour celui qui offre (la gratification), même si c'est un péché pour celui qui l'accepte. Et tout pouvoir provient de Dieu.

(1) Cf. Hamidullah, op. cit., I, 200.

1954 * Chapitre (189)

DE CE DONT UN PRISONNIER EST ÉPROUVÉ SUR LE TERRITOIRE ENNEMI

• 4083. Si le roi des (ennemis) demande à un prisonnier (musulman) de jurer par des serments renforcés, qu'il ne rentrera pas dans le territoire islamique, et que le (prisonnier) le jure, alors le serment collera à lui.

comm. Car il est sujet de la loi islamique, même s'il est dominé sous la main des (ennemis non-musulmans). En effet la contrainte n'empêche pas son serment de coller à lui. On se fonde ici sur le récit fait par Hudhaifa: Les mécréants l'avaient saisi et lui avaient fait jurer (pour le libérer) qu'il n'aiderait pas le Prophète. Puis quand il mentionna cela au Prophète, celui-ci lui dit: “Remplis-leur ta promesse; et quant à nous, nous demandons le secours de Dieu contre eux” (ton aide ne nous étant pas indispensable).

• 4084. A supposer qu'il ait juré qu'il ne quitterait pas (le pays) sans l'autorisaton du roi (ennemi), puis qu'il le quitte avec son autorisation, ce ne sera pas un parjure.

comm. Car cette sortie fait partie de l'exception mentionnée expressément.

suite: Mais s'il quitte (le pays) sans son autorisation, ce sera un parjure, sauf si ce roi-là était décédé.

comm. Car dans sa parole donnée, il y a (implicitement) limitation du serment dans le temps: jusqu'à la mort du (roi).

suite: Il en sera de même si ce roi est déposé.

comm. Car on prend en considération l'autorisation donnée par le (roi) durant que son autorité subsiste;donc la durée du serment sera limitée par là. Excepté pour Abû Yûsuf, qui dit (qu'il n'y a pas limitation de temps). On se fonde ici sur le principe réglant le statut d'un débiteur qui jure qu'il ne quittera pas la ville sans l'autorisation du créancier; ou le statut d'une femme qui jure qu'elle ne sortira (nulle
1955 part) sans l'autorisation * de son mari: dans de tels cas, l'effet du serment est limité a temps que subsiste respectivement la dette et le mariage. Excepté pour Abû Yûsuf, selon un des récits (qui nous donnent son avis à ce propos).

suite: Le serment restera caduc même si ce roi est restauré en son pouvoir après en avoir été déposé.

comm. Car le serment est devenu caduc (**litt.** nul) quand ce roi-là a été déposé. Or le serment un fois annulé ne revient pas (en vigueur) sauf par renouvellement.

Ne vois- tu pas ceci? Si quelqu'un dit à une esclave à lui: “Que mon (autre) esclave devienne émancipé si tu sors de cette maison, si ce n'est avec mon autorisation”, puis qu'il la vende, puis qu'il la rachète et que ce soit à ce moment-là

qu'elle sort de la maison-et de même s'il dit cela à sa femme, puis divorce d'avec elle définitivement, pour l'épouser de nouveau (par la suite selon les conditions légales à cette fin), et si elle sort alors-il n'y a pas violation du serment de la part de l'homme (s'il n'émancipe pas son esclave), la raison en étant celle que nous avons mentionnée.

• 4085. De même si le sultan (le chef musulman) fait jurer quelqu'un qu'il lui amènera tout homme de caractère suspect(1) dont il aurait connaissance dans son quartier, et qu'ensuite ce (chef) soit déposé pour être, plus tard, à nouveau restauré au pouvoir au **statu quo ante**, si cet homme apprend l'existence d'un homme de caractère suspect(2), il n'est pas dans l'obligation de l'amener au (chef).

comm. Car le serment est annulé quand le (chef) est déposé.

• 4086. Toutefois s'il a eu connaissance d'un (suspect) avant la déposition du (chef) et qu'il ne le lui ait pas amené avant que le (chef) soit déposé, alors l'homme aura commis un parjure de son serment, et il ne lui sera pas profitable (pour se disculper du parjure) de le lui amener après sa dépostion ou après sa restauration au pouvoir.

comm. Ces points, nous les avons mentionnés dans notre commentaire du **Ziyâdât**(3).

• 4087. Si un prisonnier chez les (ennemis) jure qu'il ne rentrera qu'avec l'autorisation de leur roi, mais qu'il ne vise pas un roi particulier, et que ce roi (qui a administré le serment) * soit déposé et qu'un autre lui succède: si le prisonnier quitte 1956
(le pays) par la suite (sans autorisation), il aura commis un parjure.

comm. Car ici son serment vise l'autorisation d'un roi quelconque, qu'ils nomment pour leurs affaires.

suite: A supposer que ce roi-là meure -ou soit déposé- et qu'on n'ait pas encore nommé personne d'autre (à sa place): quand le (prisonnier) sort, celui-ci ne sera pas redevable de l'expiation du parjure.

comm. Car à ce moment-là ils n'ont pas de roi. Or cet homme s'est imposé par son serment de solliciter l'autorisation du roi, mais quand ils n'ont pas de roi, l'homme ne commet pas de parjure, étant donné que son serment a expiré par la déposition du premier (roi). Mais si l'homme ne sort pas avant qu'ils aient nommé un autre roi, et si par la suite il sort sans autorisation, il aura commis le parjure, vu qu'il a commis ce dont le serment l'empêchait.

• 4088 (Chaibânî) dit: A supposer que le (prisonnier musulman) jure qu'il ne rentrera qu'avec l'autorisation du roi (ennemi), et qu'il n'ait dans l'esprit rien de

(1) Ainsi داعر dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: داع
(2) De même داعرا selon le MS de Beyrouth, l'éd. portant: داعيا
(3) On n'a retrouvé encore aucun manuscrit de cet ouvrage, cité maintes fois.

particulier (quant au roi visé), alors le serment visera seulement ce roi (qui a administré le serment).

comm. Car dans le cas de ce serment, il a employé l'article "le" dans la désignation du (roi), et l'article vise la chose déterminée dans le contexte. Donc le serment visera seulement ce roi-là, et sa détermination par ce moyen sera comme la détermination qu'on fait en montrant du doigt.

• 4089 (Chaibânî) dit aussi: Si un prisonnier[1] aux mains des ennemis décide d'aller en pèlerinage, en sorte même qu'il s'habille des vêtements de sacralisation particuliers aux pèlerins (**ihrâm**), et qu'il espère que la nouvelle en parviendra aux Musulmans et qu'ils le rachèteront contre une rançon, * puis que les Musulmans ne le fassent pas, et que l'ennemi empêche (ce prisonnier d'aller en pèlerinage), alors il fera partie de ceux qui sont empêché par force majeure;—

comm. Car il lui est impossible d'aller accomplir le rite du pélerinage, après avoir validement porté les habits de sacralisation. Donc il fera partie de ceux qui en sont empêchés par force majeure. Quant au statut de celui qui est empêché d'accomplir le pélerinage (après la sacralisation), nous l'avons mentionné dans notre commentaire **d'al-Mukhtaşar** (**Mabsût**, IV, 106-118);—

1957 • 4090. * (Chaibânî) continue: Si le pèlerin qui est empêché d'accomplir le pèlerinage n'a pas la possibilité d'envoyer à (la Mecque) la bête à immoler qui le ferait revenir à l'état profane (non sacralisé), alors selon 'Atâ' ibn Abî Rabâh, ce (pèlerin) doit revenir à l'état profane moyennant dix jours de jeûne, et il déduit cette règle d'après l'analogie du pèlerin qui se décide pour un **'umra** (petit pèlerinage) accompagné d'un **hajj** (grand pèlerinage) mais avec un intervalle de vie profane entre les deux: un tel homme doit immoler une bête (**hady al-mut'a**), et s'il n'en a pas le moyen, il aura l'obligation de jeûner pendant dix jours (of Qur'ân 2/196). Mais les juristes de Médine disent qu'un tel (empêché) revient à l'état profane sans rien. Mais la règle adopté par notre école (hanafite) est qu'un (empêché) ne peut revenir à l'état profane qu'en immolant une bête.

comm. Car l'obligation légale d'un empêché est précisée dans le Qur'ân (2/196), à savoir: l'immolation, et rien d'autre. De même pour celui qui jouit d'un intervalle de vie profane entre le **'umra** et le **hajj**, le Qur'ân précise dans le même verset que, si l'homme n'a pas la capacité d'immoler une bête, alors il doit jeûner. Si une régle est précisée dans le texte législatif, on ne peut pas recourir à la déduction (pour y a jouter quelque chose) à partir d'une précision juridique pour préciser une autre règle (?); ceci selon l'avis de notre école. (On déduit de l'analogie, dans le cas où il n'y a pas de précision.) Quand, (pour deux cas), il y a précisions (séparées) dans le texte révélé (du Qur'ân), on ne peut pas avoir recours à la déduction de l'une pour l'autre, car ce qui est précisé dans le texte révélé est chose sûre et certaine,

(1) Ainsi الأسير dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: اليسير

tandis que la règle établie par l'opinion (**ra'y**) n'est pas chose sûre et certaine. Nous avons donné des détails exhaustifs sur ce sujet dans notre livre **Tamhîd al-fuṣûl fi al-usûl**[1] que nous avons déjà dicté. Et tout pouvoir provient de Dieu.

* Chapitre (190) 1958
DE L'ESPION QUE LES MUSULMANS CAPTURENT

• 4091. (Chaibânî) dit ceci: Si les Musulmans trouvent quelqu'un de ceux qui prétendent être Musulmans, faisant de l'espionage au profit des mécréants contre les Musulmans, de sorte qu'il leur écrit les points faibles des (Musulmans): s'il l'avoue de bon gré, on ne la tuera pas, mais le chef de l'Etat musulman lui infligera le torture (**'uqûba**).

comm. (Chaibânî) dit implicitement et par deux fois, dans ce passage qu'un tel homme n'est pas un véritable Musulman. Car il dit: "de ceux qui prétendent être Musulmans", et aussi: "lui infligera la torture"; il ne dit pas: "lui infligera la peine légale (**ta'zîr**)". Nous avons déjà mentionné que, pour les Musulmans on emploie le terme **"ta'zîr"** et pour les non-Musulmans le terme dont (Chaibânî) s'est servi ici; toutefois il ajoute qu'on ne le punira pas de mort, car cet (espion n'a pas abondonné l'élément pour lequel nous déclarons qu'il est un Musulman. Donc nous ne l'excluons pas de l'Islam dans son aspect extérieur, tant que cet homme n'abandonnera pas ce qui l'a fait entrer dans l'Islam. Une autre raison en est que ce qui l'a poussé à faire ce qu'il a fait c'est l'avidité, et non la turpitude de sa foi. Cette interprétation est la meilleure des deux (possibilités), et c'est cela qu'on a
commandé. Car Dieu a bien dit * (Q 39/18): **"...qui prêtent l'oreille à la parole** 1959
puis suivent le meilleur d'elle". De même le Prophète a dit: "Si un mot sort de la bouche de ton frère n'en cherche pas une interprétation défavorable tant que tu lui trouves une interprétation favorable".

(Chaibânî) tire ici argument du récit rapporté sur Hâtib ibn Abî Balta'a[2] qui avait écrit aux Quraich (se paiens de la Mecque): "Le Prophète va peut-être vous attaquer, prenez donc garde" etc. (Le Prophète le découvrit et l'homme naïf répondit: "Mes biens sont chez eux, et je pensais que pour ce service ils les épargneraient". 'Umar, furieux, demanda au Prophète: "Permets-moi de trancher la tête à cet hypocrite"). Alors le Prophète: "Patience, O 'Umar. Pour avoir * su peut-être que certains participants de la bataille de Badr feraient une telle chose, Dieu a-t-Il déjà dit à leur propos: 'Faites tout ce que vous voulez, en vérité Je vous

(1) Sous le titre **Uṣûl as-Sarakhsi**, cet ouvrage est édité. Pour la discussion du "**naṣṣ**" (ou précision dans le texte législatif), voir cet ouvrage t. I, page 236 et suiv; et pour le discussion de **qiyâs** (ou déduction analogique), le même II, 118 et suiv. Cette référence nous donne en outre la possibilité d'établir la chronologie des ouvrages de Sarakhsî. Dans l'introduction de son **Uṣûl**, l'auteur dit qu'il l'a commencé en 479 H. Pour une discussion détaillée, voir notre introduction au début de la traduction.

(2) cf. Hamidullah, **op. cit.**, I, 173.

ai pardonné d'avance'[1]". Si un tel acte rendait quelqu'un mécréant et exigeait la punition de mort, le Prophète ne l'aurait pas épargné, que cet homme fût ou non un ancien participant de la bataille de Badr[2].

De même si la peine de mort collait à lui pour cet acte, le Prophète n'aurait pas négligé de la lui appliquer. Au sujet de la même personne Dieu révéla (Q. 60/1): **"Ho, les Croyants! Ne prenez pas pour patrons Mon ennemi et la vôtre..."** Ici Dieu le reconnaît comme un des Croyants. Le récit sur Abû Lubâba aussi indique la même chose:[3] Les Banû Quraiza le consultèrent pour savoir s'il fallait capituler, et Abû Lubâba leur dit: "Si vous capitulez sur l'arbitrage du Prophète, voici ce qui vous attend", et il passa son doigt sur sa gorge pour dire que le (Prophète) les mettrait à mort. A propos de cet individu aussi Dieu révéla (Q. 8/37): **"Ho, les croyants! Ne trahissez ni Dieu ni le messager..."** (et là aussi le coupable est appelé "croyant").

• 4092. De même si un Dhimmî fait cela, on le punira par la torture, et on le consignera à la prison, mais ce ne sera toutefois pas, de sa part, une rupture de son pacte de naturalisation.

comm. Car quand un Musulman le fait, cela ne constitue pas une rupture à l'égard de la protection dont il jouit.

Ne vois tu pas ceci? S'il faisait du brigandage et pillait les biens, cela ne constituerait pas une rupture de son pacte de naturalaisation, malgré le fait que le texte législatif (du Qur'ân 5/33) précise que faire du brigandage c'est faire la guerre contre Dieu et Son messager. A plus forte raison, ce ne sera pas (une rupture du pacte de naturalisation) ici.

suite: De même si un ennemi venu chez nous sous sauf-conduit faisait l'(espionnage).

comm. Cela ne serait pas de sa part une rupture du pacte de sauf conduit, à l'instar du cas où il ferait du brigandage.

suite: Toutefois dans tous ces cas, on le punira par le torture.

comm. Car il a commis ce qui n'est pas permis, et il a voulu par son acte causer du tort aux Musulmans.

1960 • 4093. * A supposer qu'au moment où il sollicitait le sauf-conduit, les Musulmans lui disent: "Nous te donnons protection à condition qu tu ne fasses pas d'espionnage au profit des mécréants (ennemis) et au détriment des Musulmans", ou: "Nous te donnons protection à condition que si tu informes les ennemis des points faibles des Musulmans, * alors pas de protection pour toi", et que le reste des circonstances soit le même, alors pas de grief à ce qu'on le punisse de mort.

(1) Ce n'est pas dans le Qur'ân , mais le Prophète l'a rapporté comme d'origine divine.

(2) Sur cette grande bataille, la première du temps du Prophète, voir Hamidullah, o. cit., I, 144 et suiv.

(3) Pour plus de détails, voir Ibn Hichâm, p. 686 et suiv.

comm. Car ce qui est dèpendant d'une condition est inexistant avant que la condition soit réalisée. Or ici la protection dépend d'une condition, à savoir qu'il ne doit pas faire d'espionnage. Donc quand il se manifeste que l'homme est un espion, il sera un ennemi sans jouissance de protection et, par conséquent, pas de grief à ce qu'on le punisse de mort.

• 4094. Si le chef de l'Etat musulman est d'avis qu'il faut crucifier cet (espion ennemi), pour que les autres en tirent leçon, il n'y a pas à lui en faire grief. Et s'il est d'avis qu'il faut lui faire faire partie du butin (et le réduire en esclavage), à l'instar de n'importe quel autre prisonnier de guerre, de cela non plus il n'y a pas à faire grief.

comm. Mais le préférable est qu'il le punisse de mort, dans ce cas afin que les autres en tirent leçon.

suite: Si au lieu d'un homme c'est une femme (qui fait de l'espionnage), pas de grief non plus à ce qu'on la punisse de mort.

comm. Car elle a voulu causer du tort à l'ensemble des Musulmans. Dans de tels cas, pas de grief à ce qu'on mette une femme à mort, à l'instar de la femme qui livre des combats.

suite: Toutefois il est déconseillé de la crucifier.

comm. Car la femme est un être qu'on couvre (comme la partie intime du corps). Il est donc préférable de couvrir cette partie intime.

• 4095. A supposer qu'il s'agisse ici d'un garçon qui n'a pas encore atteint la puberté, on ne peut ni lui faire faire partie du butin ni le punir de mort.

comm. * Car un tel (garçon) n'est pas sujet à la loi (pénale). Donc son acte ne 1961
constituera pas une trahison exigeant la peine de mort, au contraire d'une femme adulte. Cela ressemble au cas d'un garçon qui livrerait des combats et serait fait prisonnier: il n'est pas permis de le punir de mort pour son acte, au contraire d'une femme adulte si elle livre des combats et qu'elle soit fait prisonnière: là il est permis de la mettre à mort[1].

suite: Un vieillard qui n'a plus la capacité de combattre, mais qui est sain d'esprit, il sera comme une femme adulte à ce propos.

comm. Car un tel est sujet à la loi.

• 4096. A supposer que l'ennemi venu sous sauf-conduit nie avoir fait de l' (espionnage), et qu'il prétende que la lettre qu'on a trouvée sur lui, il l'a trouvée tombée sur la route et qu'il l'a ramassée, dans ce cas il ne faut pas que les Musulmans le punissent de mort sans preuve d'espionnage.

(1) On a déjà eu occasion de relever que selon Ibn Ruchd, le consensus des compagnons du Prophète a décidé de ne pas punir de même un ennemi, pour ses actes normales de belligérance, après qu'on l'a capturé. De rares cas seront exceptés.

comm. Car selon les apparences il jouit du sauf-conduit. Donc tant que ne sera pas établi ce qui fait évanouir le sauf-conduit, sa mise à mort sera chose interdite.

suite: Si on le menace de le mettre aux chaînes ou de lui donner des coups ou de l'incarcérer, jusqu'à ce qu'il avoue être un espion, cet aveu ne vaut rien.

comm. Car il est sous contrainte. Or l'aveu de celui qui est sous contrainte est nul; et il est égal que la contrainte vienne d'(une menace) de prison ou d'une (menace de) mort.

suite: Sa qualité d'espion ne se manifestera que quand lui-même avouera de plein gré, ou si deux témoins en témoignent. A son propos, on admettra contre lui le témoignage des Dhimmîs et même des ennemis venus sous sauf-donduit.

comm. Car il s'agit d'un ennemi en guerre se trouvant chez nous, même s'il jouit du sauf-conduit. * Or le témoignage des ennemis en guerre constitue une preuve contre un autre ennemi en guerre.

1962 • 4097. * Si le chef de l'Etat musulman trouve chez un Musulman, un Dhimmî ou même un ennemi venu sous sauf-conduit une lettre portant son écriture bien connue, et adressée au roi des ennemis en guerre, pour l'informer des points faibles des Musulmans, le chef de l'Etat l'emprisonnera, mais ce degré (de culpabilité) ne suffit pas pour qu'on le torture de coups;—

suite: Mais le (chef musulman) le mettra en prison, eu égard à l'intérêt des Musulmans, jusqu'à ce que son affaire soit éclaircié. Si elle ne s'éclaircit pas, il le laissera partir. S'agit-il d'un ennemi venu sous sauf-conduit, il l'expulsera vers le territoire ennemi, et ne la laissera plus un seul jour séjourner sur le territoire islamique.

comm. Car un soupçon s'est installé à son propos.Purifier le territoire islamique de tels hommes est aussi désirable que de purifier les lieux publics de l'ordure (**litt.** de chose nuisible). Et Dieu sait mieux.

1963

* Chapitre (191)

DE LA DIFFÉRENCE QU'IL Y A ENTRE LES ENNEMIS ET LES DHIMMIS, A PROPOS DE TÉMOIGNAGES ET DE TESTAMENTS

• 4098. Nous avons déjà mentionné qu'on admet le témoignage de certains ennemis venus sous sauf-conduit contre certains autres, à condition que tous soient de la même puissance (=nationalité) étrangère, et qu'on ne l'admet pas s'il sont de différentes nationalités (**litt.** puissances résistantes).

comm. Car l'empêchement (pour admettre le témoignage) est la différence des territoires et non pas la différence des religions (**nihla**). Or la différence de territoire provient de la différence de la puissance résistante.

suite: L'héritage entre eux se fonde sur la même règle. Un Dhimmî vis-à-vis

de l'ennemi venu sous sauf-conduit est comme un Musulman vis-à-vis d'un Dhimmî (pour ne pouvoir en hériter).

comm. Car les Dhimmîs sont ressortissants de notre territoire, et non les ennemis venus sous sauf-conduit. Voilà pourquoi si un esclave dhimmî appartient en propriété à un ennemi venu sous sauf-conduit, on ne le lui laissera pas en propriété pendant qu'il séjourne chez nous; au contraire on contraindra cet (ennemi) à le vendre, exactement comme on ne laisse pas un esclave musulman dans la propriété d'un Dhimmî[1].

• 4099. (Au contraire de l'héritage) si un ennemi venu sous sauf-conduit lègue la totalité de ses biens (se trouvant sous la juridiction musulmane) en faveur d'un Musulman ou d'un Dhimmî, ce sera chose correcte, au point qu l'héritier légal (du défunt etranger) n'aura pas le droit de rejeter ce (legs).

comm. Car si les biens de cet (ennemi sous sauf-conduit) jouissent de l'immunité, c'est en vertu de son droit personnel, et non en vertu du droit de son héritier * qui se trouve sur le territoire ennemi. En outre, si on rejette un legs 1964
dépassant le tiers des biens laissés par le défunt, en cas de non-consentement des héritiers, c'est une règle de la loi islamique, alors qu'un ennemi venu sous sauf-conduit ne s'impose pas la loi islamique pour une telle disposition. Mais cette règle collera à un Dhimmî, car il s'impose les règles de la loi islamique en ce qui concerne les affaires contractuelles et transactionnelles (**mu'âmalât**)[2].

• 4100. De même si un Dhimmî lègue un tiers de ses biens en faveur d'un ennemi venu sous sauf-conduit, ce sera chose correcte, de la même façon que si un Musulman fait un legs en faveur d'un Dhimmî. Au contraire si un Musulman ou un Dhimmî fait un legs en faveur d'un ennemi en guerre se trouvant sur le territoire ennemi, ce ne sera pas chose correcte même si les héritiers y consentent. Excepté le cas où les (héritiers) font un don à cet (ennemi), en prenant sur leurs biens, ce (don) sera valide si possession est obtenue.

comm. Car celui qui est sur le territoire ennemi est comme un mort pour celui qui est sur le territoire islamique.

• 4101. Mais si cet ennemi venu sous sauf-conduit est accompagné de son

(1) Ce commentaire paraît avoir été déplacé, par faute de copiste primitif peut-être. Le texte principal parle de l'héritage, le commentaire doit donc dire quelque chose comme ceci: "Tout comme un Dhimmî et un Musulman n'hérite pas l'un de l'autre, un Dhimmî et un ennemi venu sous sauf-conduit n'héritent pas non plus l'un de l'autre, même si les deux se trouvent sur le territoire islamique". C'est une question du roit international privé, où la réciprocité est la règle de base. Un traité bilatéral entre deux Etats peut donc atténuer la rigueur de principe énoncé sur la base des pratiques internationales qu'il y a plus de mille ans.

(1) Nous avons déjà eu occasion d'émettre un doute concernant cet argument. A notre connaissance, on n'a jamais imposé la loi islamique aux héritages des Dhimmîs.

héritier légal et jouit du sauf-conduit chez nous, alors le legs dépassant le tiers des biens (du défunt) ne sera pas valide sauf si l'héritier l'autorise[1].

comm. Car dans ce cas le droit de l'héritier sera protégé, autant que le droit de ce (défunt), vu le sauf-conduit dont il jouit.

suite: Si (plus tard) un autre héritier arrive du territoire ennemi, il participera avec l'autre héritier qui était présent (lors de la mort de cet homme), tandis que le testataire ne pourra avoir que le tiers des biens du défunt (se trouvant sur le territoire islamique).

comm. Car le testament pour plus du tiers est devenu nul parce que l'héritier ne l'a pas autorisé. Donc le reste (les deux tiers) seront) hérités par tous les héritiers (se trouvant sur le territoire islamique).

suite: Et il sera égal que l'héritier présent soit la femme du défunt ou son fils.

comm. Car le juge musulman ne pourra faire autre chose que de décréter qu'il y ait héritage (pour les héritiers légaux) en ce qui est en sus du tiers (légué). Et si le décret du juge, pour donner l'héritega à un certain héritier, ne s'exécute pas concernant quelques biens, ce serait l'annulation du testament concernant ces mêmes biens.

1965 • 4102. * A supposer que l'ennemi venu sous sauf-conduit lègue par testament tous ses biens en faveur d'un autre ennemi en guerre mais qui se trouve sur le territoire ennemi, et que par la suite se rendent chez nous aussi bien le testataire que le fils du défunt, le juge musulman décrétera que la totalité de ces biens aille au testataire.

comm. Car aucune sainteté, dans ce cas, n'est attachée au droit de l'héritier qui se trouve sur le territoire ennemi; la sainteté (protection légale) n'est attachée aux biens qu'à cause du droit (du sauf-conduit) du défunt; donc on dépensera ces biens pour la cause à laquelle le défunt les a destinés.

• 4103. A supposer que le testataire soit dans un pays autre que le pays du testateur, alors le testament sera nul à cause de la différence des territoires des deux parties, **de facto** comme **de sure.** Et ce sera à l'instar d'un Dhimmî qui ferait un legs en faveur d'un ennemi en guerre qui se trouve sur le territoire ennemi. Mais le cas sera le contraire si le testataire se trouve sur notre territoire et jouit du sauf-conduit.

comm. Car ici la différence de territoire n'existe pas en forme (**ṣatan**) même si elle existe en droit.

suite: Au contraire aussi du cas où un Musulman ou un Dhimmî qui est allé sous sauf-conduit sur le territoire ennemi-ou un prisonnier chez les (ennemis)-(fait un legs en faveur d'un ennemi en guerre).

(1) Mais ce serait là appliquer la loi islamique aux étrangers, chose que l'auteur vient de rejeter il y a seulement quelques lignes. Ne faut-il pas plutôt s'enquêter quelle est la loi sur le sujet dans le pays de cet étranger? Peut-être l'auteur est-il de cet avis ici parce que le testataire est un Musulman, mais le droit international privé présentera bien des complications.

comm. Car dans ce cas la différence des territoires n'existe pas **de jure** (? n'existe que **de jure**). Or un Musulman reste ressortissant du territoire islamique où qu'il se trouve.

suite: Il en sera de même s'il fait un legs en faveur d'un ennemi en guerre qui a embrassé l'Islam sur le territoire ennemi.

comm. Car un Musulman reste ressortissant du territoire islamique où qu'il se trouve.

Ne vois-tu pas ceci? Si, par la suite, la femme de ce (converti) embrasse l'Islam elle aussi et se rend sur le territoire islamique (pour rejoindre son mari),* on ne décrétera pas qu'elle est déjà divorcée définitivement d'avec lui. Au contraire du cas où elle se rendrait (chez nous) avant l'islamisation de son (mari: les liens maritaux seraient coupés).

• 4104. Si un (?Musulman se trouvant sur le territoire islamique) fait un legs en faveur de quelqu'un qui est alors un ennemi en guerre, puis que celui-ci embrasse l'Islam-soit avant la mort du testateur ou même après-ce testament sera nul.

comm. Car ce testament est en faveur de quelqu'un de déterminé. Dans un tel cas on prend en considération sa situation au jour du testament. Or ce jour-là ce (testataire non-musulman) était mort **de jure**. Et quand le testament est annulè à son sujet, il ne peut pas devenir valide par la suite au moyen de son islamisation.

suite: La règle (ici: l'annulation du legs) sera la même, même si les héritiers (du défunt musulman) autorisent la validation du testament.

comm. Car l'autorisation valide une chose qui est un suspens, et non celle qui est nulle.

suite: Il en sera de même s'il dit: "Je lègue (telle chose) à un tel, fils du frère d'un tel".

comm. Car lorsqu'il le nomme de façon déterminante c'est comme s'il le montrait du doigt.

suite: Au contraire s'il dit: Je lègue telle chose au fils de mon frère", et qu'il ne le nomme pas de façon déterminante, si par la suite un fils (d'un de ses frères) embrasse l'Islam avant la mort de son oncle, ce testament sera valide en sa faveur.

comm. Car quand il ne désigne pas quelqu'un de déterminé, le testament ira en faveur de celui qui existera au moment de la mort du testateur, concernant le testataire et la chose léguée(1).

(1) L'auteur a déjà dit plus haut (IV, 229) qu'un Musulman a la faculté de léguer jusqu'à un tiers de ses biens en faveur des non-Musulmans qui se trouvent sur le territoire islamique, mais pas en faveur de ceux qui se trouvent sur le territoire ennemi. On sait que le testament n'est valable qu'en faveur de ceux qui ne sont pas héritiers légaux. Il faut penser qu'il s'agit du cas où le neveu n'hérite pas de son oncle, parce que celui-ci laisse un fils ou un père. Tout cet exposé du droit international privé est un peu obscur. Par exemple on ne sait pas ici si le testataire qui embrasse l'Islam se rend sur le territoire islamique pour réclamer le legs, ou quelque autre cas.

Ne vois-tu pas que si cet homme n'avait personne qui fût fils de son frere, puis qu'il lui naisse un neveu avant sa mort, ce neveu bénéficiera du testament de cette façon? Il en sera donc de même si le (testataire) était un mécréant, puis qu'il eût embrassé l'Islam.

• 4105. (Chaibânî) dit: Si un ennemi venu sous sauf-conduit fait don de tous ses biens, pendant sa dernière maladie, à un de ses fils qui se trouve en sa compagnie (sur le territoire islamique),[1] et qu'il lui en donne possession, puis qu'après la mort du père vienne du territoire ennemi un autre fils qui veut casser ce don, il n'en aura pas la faculté;—

1966 **comm.** * Car ce fils qui vient maintenant n'avait pas de droit sacrosaint au moment de la mort de son père. En effet si on ne valide pas un testament en faveur d'un héritier légal (en sus de son héritage automatique et légal), c'est en vue du droit des autres héritiers; mais si lors de la mort d'un testateur il n'y a pas d'autres héritiers, le testament (pour plus que l'héritage légal, ici tous les biens) s'accomplit en faveur de ce seul héritier, de sorte que celui qui vient par la suite n'a pas le droit de l'annuler;—

• 4106. Au contraire si cet autre fils arrive (chez nous) avant la mort de son père, il aura la faculté de casser ce don (qui a été fait à son frère).

comm. Car ce (fils) a la faculté de réclamer un droit lors de la mort de son père. Donc la disposition prise par la père favorise certains héritiers au détriment des autres. Et ceci n'est pas valide.

suite: Si un troisième fils vient après cette (annulation du don), il participera avec les deux autres à l'héritage.

comm. Car quand le don est annulé, les biens laissés par le défunt deviennent matière à héritage normal

• 4107. Si le deuxième fils qui est venu avant la mort de son père autorise l'exécution du don en faveur de son frère, et cela après la mort du père mais avant l'arrivée du troisième (frère)—ou même après l'arrivée de ce dernier—le don sera valide dans la limite de la quote-part d'héritage de ce (deuxième frère).

comm. Car si le père meurt avant l'autorisation de la part de ce (deuxième
1967 frère), * les biens laissés deviennent héritage pour les trois fils, et pour chacun un tiers; ensuite si l'un deux autorise l'exécution (de ce don ou testament abusif), ce sera aux dépens de sa quote-part et non aux dépens de la quote-part des autres (héritiers). Ce sera comme si le fils présent lors de la mort s'emparait de tout

(1) L'arrière plan de cette règle est que pour protéger les droits des héritiers légaux, la loi islamique annule les dons faits par quelqu'un dans sa dernière maladie: ces dons deviennent un legs. Or un legs n'est pas valide pour plus du tiers des biens laissés-le don n'ayant pas cette restriction-et, en outre, le gegs n'est valide qu'en faveur de celui qui n'est pas un héritier légal, étant donné qu'un héritier en hérite de droit automatiquement sans avoir besoin d'un testament. Mais ici aussi l'auteur veut appliquer la loi islamique aux étrangers.

l'héritage et le consommait—à cause du don ou pour une autre raison —si ensuite l'autre fils arrivait, il aurait la faculté de réclamer sa quote-part de l'héritage.

• 4108. Il en sera de même si deux fils accompagnent l'ennemi (le père) qui est
venus sous sauf-conduit: s'il leur lègue tous ses biens—ou s'il leur en fait don, à
chacun la moitié, et qu'il les partage * et leur en donne possession—si après la mort 1968
du père chacun des deux atorise l'autre à accepter cet (octroi abusif, puisque les
autres héritiers en son exclus), et si un troisième fils arrive ensulte, ce dernier aura la
faculté de récupérer sa quote-part de l'héritage sur ce qu'ont obtenu les deux autres
frères.

comm. Car il a acquis droit d'héritage pour un tiers des biens laissés, dès avant l'autorisation que se sont données les deux autres frères pour exécuter (ce don abusif). Donc son droit ne sera pas annulé par l'autorisation des autres.

• 4109. A supposer qu'il y ait un fils avec ce (touriste ennemi), et qu'(au lieu de ce don) il lui lègue tous ses biens, puis que le fils exécute le testament en sa faveur à lui, après la mort du père, si par la suite arrive l'autre fils, celui-ci aura le droit de récupérer la moitié des biens, au contraire du cas où le père aurait fait don et qu'il en eût donné possession.

comm. Car le donataire devient propriétaire du don durant la vie même du père (donateur), au moyen de la possession. Il n'ya donc aucun droit qui soit digne d'être protégé en faveur de l'autre fils, dans un tel cas. Ainsi lors de la mort du père le statut d'héritage ne s'installe pas dans les biens en question. Au contraire un testament s'impose seulement lors de la mort (du testateur) comme c'est le cas aussi de l'héritage, et en vue de la **muqârana** (?analogie, ressemblance) l'héritage pour l'autre ne sera pas annulé[1]. Voilà pourquoi il aura (dans le cas présent du testament) la moitié de l'héritage, et l'exécution de celui qui a exécuté (le legs abusif) en sa faveur à lui ne sera pas effectif pour lui. Ne vois—tu pas que si le fils-en faveur duquel est le testament—prenait les biens, à titre d'héritage après la mort de son père, l'autre frère autrait le droit de lui en réclamer la moitié? Il en sera donc de même s'il les prend à titre de legs.

• 4110. Si un ennemi en guerre meurt sur le territoire ennemi en faisant don de ses biens en faveur d'un Musulman qui se trouve chez les (ennemis) et jouit d'un sauf-conduit, et en lui en donnant la possession; et si après la mort de cet (ennemi) son héritier refuse de laisser s'exécuter ce (don) en sus du tiers des biens laissés, le touriste musulman a le droit de tout refuser à cet (héritier), si cela lui est possible.

comm. Car le défunt lui en a donné de bon gré le titre de propriété, et une fois que le titre de ce Musulman sur ces biens est parachevé, le droit des héritiers et des créanciers du défunt ne s'y établit plus après qu'il est mort, même si ceux-ci embrassent l'Islam.

(1) Ainsi لاينتفى dans le MS de Paris. l'éd., portant: لا يبقى

1969 • 4111. * Au contraire si cet ennemi fait un testament de tous ses biens en faveur de ce (Musulman) et que le reste des circonstances soit le même, il faut distinguer: Si la loi de ces ennemis prévoit que le droit du légataire l'emporte, pour les biens légués, (sur le droit des héritiers), alors le testament est tout à fait bon pour le (Musulman);—

comm. Car les héritiers * et les créanciers auront l'application de la loi de ces ennemis (=de leur pays);—

suite: Mais si ce n'est pas ainsi selon leur loi, alors le legs ne sera bon pour lui que pour le tiers des biens laiseés, après paiement des dettes (comme c'est la loi islamique dans pareil cas).

comm. Car il se trouve chez eux en jouissance du sauf-conduit (et non comme un belligérant en compagnie d'une armée). Donc il ne lui est pas licite d'acquérir leurs biens ou des biens sur lesquels ils ont un droit, si ce n'est de leur bon gré.

• 4112. Si un ennemi venu chez nous sous sauf-conduit fait don de ses biens à quelqu'un—ou en fait un legs pour lui—et qu'il n'ait pas d'héritier, si après sa mort certains individus viennent et prouvent qu'une dette est à charge à ce dèfunt à qui ils avaient prêté de l'argent sur le territoire islamique, alors le juge musulman commencera par le paiment du droit des créanciers.

comm. Car celui qui a en sa main les biens du défunt représente le défunt pour le défendre dans ce procès. Donc établir la dette sur preuve contre ce (donataire) est comme l'établir contre le défunt. Or la loi islamique ordonne de commencer par le paiement de la dette avant d'exécuter le don effectué pendant la dernière maladie, et le testament.

suite: Si après cette (décision du tribunal) le fils du défunt arrive du territoire ennemi et dit: "Donne-moi l'héritage de mon père, au moins ce qui reste (après paiement de la dette)", le juge ne le prendra pas en considération.

comm. Car ce (fils) n'avait pas un droit digne d'être respecté, lors de la mort de son père (puisqu'il) se trouvait alors sur le territoire ennemi; et pour la différence des territoirea, il est **de jure** mort pour la loi islamique). Donc son (droit) n'annulera ni le don ni le legs.

• 4113. Sur le même base, si les créanciers arrivent du territoire ennemi et établissent leur créance sur le défunt concernant ce qu'ils lui avaient avancé sur le territoire ennemi, le juge musulman ne décrétera rien en leur faveur, même s'ils sont des Musulmans ou des Dhimmîs.

comm. Car s'ils étaient venus même du vivant de cet (ennemi décédé) et avaient établi la preuve (de leur créance), le juge musulman n'aurait rien décrété en leur faveur, étant donné qu'on ne peut pas tenir un ennemi, venu sous sauf- conduit, pour responsable (chez nous) d'un contrat qu'on a fait avec lui sur le territoire ennemi. Il en sera donc de même si les (créanciers) viennent après sa mort.

1970 • 4114. (Chaibânî) poursuit: * Si cet (ennemi sous sauf-conduit) ne fait

testament en faveur de personne mais que le reste des circonstances soit le même, on commencera par le paiement des dettes que le (défunt) a contractées sur le territoire islamique, puis celles qui ont été contractées sur le territoire ennemi;—

comm. Car ce qu'il a emprunté sur le territoire islamique est plus fort, étant donné qu'il en est redevable avant comme après (sa) conversion à l'Islam; et ce qu'il a contracté sur le territoire ennemi est plus faible, car de cela on ne le tiendra pas pour responsable tant qu'il n'aura pas embrassé l'Islam. Or quand deux droits sont en présence, on commence par celui qui est le plus fort;—

suite: Puis dans ce cas, (après le paiement de la dette contractée sur le territoire islamique) on paiera, sur les biens laissés par lui, la dette qu'il a contractée sur le territoire ennemi.

comm. Car ce qui restera, après paiement aux créanciers du territoire islamique, sera gardé comme droit de ses héritiers qui se trouvent sur le territoire ennemi(1), et l'on tiendra les héritiers de ce (défunt) qui résident en territoire ennemi pour redevables de ce que ce (défunt) a emprunté sur le territoire ennemi, au contraire du cas précédent. Car dans cet autre cas, le reste (après paiement de la dette) allait au donataire et au légataire se trouvant sur le territoire islamique, et cette dette (contractée sur le territoire ennemi) ne pouvait pas être réclamée sur le territoire islamique.

• 4115. Si l'ennemi venu chez vous sous sauf-conduit meurt en laissant des biens, ces biens seront gardés chez celui qui a de droit, sur eux, la main possédante; et s'il n'y a personne, le chef de l'Etaṭ musulman les gardera dans le Trésor Public Islamique, jusqu'à ce qu'arrivent ses héritiers. Le (chef) n'a pas l'obligation de les
envoyer * à l'(héritier sur le territoire ennemi). Mais si un héritier vient, le (chef) lui 1971
donnera sa quote-part et gardera le reste jusqu'à ce qu'arrive qui de droit. S'il apprend que ce défunt n'avait aucun héritier, il distribuera ces biens aux pauvres (**miskîn**). Si par la suite son héritier arrive, il l'en dédommagera sur les biens du Trésor Public destinés aux **miskîn** (**litt.** sur les biens des **ṣadaqât**).

comm. Car le statut du sauf-conduit de quelqu'un persiste en ses biens même après sa mort. Donc on fera de ses biens comme on fait des biens d'un Dhimmî qui meurt sans laisser d'héritiers.

• 4116. Si un ennemi venu sous sauf-conduit blesse délibérément quelqu'un- ou même par accident- puis que l'autre lui pardonne la blessure et la mort qui s'ensuit, si par la suite l'héritier de la victime arrive du territoire ennemi, après la mort de ce (blessé), il n'aura rien à faire avec le meurtrier (pardonné par la victime elle-même).

comm. Car le plus qu'on puisse dire ici est que cette victime lègue en faveur

(1) La différence des territoires du défunt et des héritiers ne joue pas ici son rôle, eu égard au fait que le défunt ennemi jouissait du sauf-conduit et pouvait ramener en territoire ennemi tous ses biens. Le sauf-conduit veut que les biens du défunt soient rendus aux autorités de son pays d'origine.

de son meurtrier une somme d'argent équivalente au prix du sang (incombant au meurtrier). Un testament en faveur du meurtrier est comme un testament en faveur d'un héritier légal. Or nous avons déjà mentionné que si une disposition prise par quelqu'un pendant sa dernière maladie est déjà exécutée, elle ne sera pas par la suite annulée par l'existence d'un héritier de cet homme qui se trouve sur le territoire ennemi (lors de sa mort). Il en sera donc de même ici.

• 4117. Certes si l'héritier arrive (chez nous) du vivant même de ce (blessé), le testament de la victime en faveur de son propre meurtrier —si elle a effectivement fait un testament— ne sera pas licite; mais si cette victime a seulement pardonné le meurtre délibéré —et que le talion s'impose, par exemple parce que le meurtrier est aussi un ennemi venu sous sauf-conduit au même titre que sa victime— alors la rémission sera permise.

comm. Car faire remise du talion n'est point comme faire un testament.

suite: A supposer que l'homicide soit ici accidentel la (rémission du prix du sang) sera valide, comme constituant un testament pour le tiers des biens que la vicitime laisse.

1972 **comm.** * Car le testament pour le montant du prix du sang sera en faveur de la compagnie d'assurance (**'âqila**) du meurtrier et non en faveur du meurtre.

• 4118. Si un tel (touriste ennemi) fait testament de la moitié de ses biens en faveur de son meurtrier, et de l'autre moitié en faveur de son fils, et que celui-ci arrive avant son mort: si ce fils autorise l'exécution du testament en faveur du meurtrier, et qu'ensuite arrive un deuxième fils (du défunt), ce dernier aura le droit de récupérer sa part de l'héritage sur les deux legs[1].

comm. Car le legs en faveur du meurtrier n'était pas valide avant d'être autorisé (par les héritiers), pas plus que n'est valide un legs en faveur des héritiers légaux (qui reçoivent leur quote-part sans testament). Donc le deuxième fils aura le droit de récupérer sa quote-part de l'héritage sur la totalité de l'héritage. En outre, l'autorisation (du testament en faveur du meurtrier) de la part d'un fils sera effective aux frais de sa propre quote-part et non de celle de son frère.

• 4119. A supposer que le (blessé) ait fait un don pendant sa maladie en faveur de son meurtrier et que cet homme (le blessé) n'ait aucun héritier, alors le don même pour la totalité de ses biens sera valide.

comm. Car même si son héritier se trouvait, lors de sa mort, sur le territoire ennemi, on ne prendrait pas son droit en considération, (et pour la loi islamique il sera inexistant).

• 4120. A supposer qu'il y ait auprès de l'(assassiné qui fait don de ses biens à son propre meurtrier) un parent éloigné —qui n'a pas droit à l'héritage parce qu'il y a un parent plus proche, mais que ce dernier se trouve sur le territoire ennemi— si ce

(1) L'éd. porte: الوصيين , nous lisons: الوصيتين comme dans le MS Paris.

parent éloigné dit (au juge musulman): "Si vous considérez comme mort le parent qui se trouve sur le territoire ennemi, alors j'ai plus de droit (que ce testataire assassin) sur les biens laissés (par la victime) et je les prendrai à titre d'héritage" ce (parent éloigné) n'a pas le droit à cela.

comm. * Car (si)[1] nous disions que le testament et le don (en faveur du 1973
meurtrier) sont nuls, il serait indispensable que nous soumettions à la loi d'héritage les biens laissés. Or quand il faut les traiter comme héritage, le parent le plus proche qui viendrait du territoire ennemi aurait plus de droit à l'héritage, comme[2] s'il n'y avait absolument aucun don ou legs. Donc si, à propos des biens en question ici, on déclarait nul le don (du blessé en faveur de son propre meurtrier), ce serait à cause du droit d'un proche parent qui, lors de la mort de cet homme (blessé), se trouvait sur le territoire ennemi. Or ceci n'est pas autorisé, (donc le don en faveur du meurtrier sera valide)[3].

• 4121. (Chaibânî) dit encore: Si un ennemi en guerre fait sur le territoire ennemi un testament en faveur d'un Musulman, pour mourir ensuite, et si plus tard les habitants de la région s'islamisent (se rattachant au territoire islamique) avant la distribution de l'héritage de cet homme-là, il faut distinguer: Si le jour du testament ce Musulman (légataire) se trouve sur le territoire islamique, le testament est nul, vu la différence des territoires entre ces deux personnes (l'auteur et le bénéficiaire du testament).

comm. En effet la différence des territoires empêche la validité du testament. Ce sera au même titre que si un Musulman, sur le territoire ennemi, faisait par testament un legs en faveur d'un ennemi, cela ne serait pas valide.

Et même si les héritiers (de cet ennemi) autorisent, après leur islamisation, l'exécution du testament, le (testament) sera tojours nul. Sauf si ces héritiers remettent (le legs) à ce (testataire musulman) et lui en donnent possession: mais ce sera un don de leur part.

---

(1) Le mot "si" (إن) manque à l'éd. et au MS de Beyrouth, mais supplée d'après le MS de Paris.

(2) Ainsi كما dans le MS de Paris, l'éd. portant: حكما

(3) Certains MSS portent ici cette note: "D'ici jusqu'au passage (cf infra IV, 360): 'si un ennemi en querre venu sous sauf-conduit achète chez nous un terrain assujetti à l'impôt foncier, puis qu'un ayant droit arrive et le lui enlève de droit....', et cela dans le chapitre (212) intitulé: De la question de savoir quand un ennemi en guerre devient un Dhimmî, cela ne fait pas partie du commentaire dicté par Sarakhsî, mais provient du cadi Mahmûd al-Uzjandi. Il se peut que Sarakhsî ait eu accès à un texte (de Chaibânî) défectueux et qu'il n'ait dicté le commentaire que selon le texte devant lui; il se peut aussi que Sarakhsî ait bien dicté le commentaire mais que les copistes aient perdu le texte et l'aient omis dans leurs copies. Donc les juristes dirigeants postérieurs ont supplée ce commentaire manquant. Quoi qu'il en soit, ce qui se trouve consigné ici est le commentaire du cadi des cadis Mahmûd al-Uzjandî". Mais cela ne nous paraît pas exact, vu les nombreuses références aux raccorcissements et aux autres données personnelles de Sarakhsî dans les chapitres à venir. Donc l'autre note qui se trouve dans les MSS dits nushat al-Khaşîrî semble plus vraisemblable, et que voici: "Al-Khaşîrî dit ceci: D'ici jusque vers la fin de ce chapitre-où il est dit: or c'est la loi islamique s'impose-il y a quelques détails qui ne se trouvent pas dans les MSS dite Nuskhat al-aşl, mais c'est notre maître qui les a relevés dans certains MSS et les a insérés ici."

comm. Car le testament qui a eu lieu était chose nulle. Or une chose déjà nulle ne peut pas être validée par la suite par une autorisation.

1974 • 4122. * Au contraire si ce Musulman se trouvait sur le territoire ennemi le jour où l'autre a fait testament en sa faveur, puis que les habitants de la région s'islamisent (pour en faire un territoire islamique) et qu'ils n'aient pas encore distribué l'héritage (du testateur défunt), à mon avis il faut exécuter le testament dans la limite du tiers des biens laissés, et distribuer le reste entre les héritiers légaux selon la loi révélée par Dieu (Q. 4/11-12, et 176). * Quant au testament, il est valide (dans ce cas), car l'auteur et le bénéficiaire sont sur le territoire ennemi, sur un même territoire. Donc le testament est validé en faveur du (Musulman), au même titre que serait valide un testament par lequel un Musulman léguerait quelque chose (sur le territoire islamique) à un ennemi en guerre venu sous sauf-conduit, (car il n'y aura pas la différence des territoires). En outre ce testament s'exécute dans la limite légale du tiers des biens laissés.

comm. Il en est ainsi parce que la région est devenue territoire islamique, où c'est la loi islamique qui s'impose. Donc dans ces biens-là la loi islamique s'imposera. Or selon la loi islamique, le testament est valide dans la limite du tiers des biens laissés.

suite: Au contraire si on a déjà distribué l'héritage (selon la loi islamique ou non-islamique, pou importe) et si on en a donné possession (aux ayants droit), tout en déclarant nul le testament (en faveur du Musulman), et que ce soit après cela qu'ils embrassent l'Islam, alors le testament sera nul.

comm. Car dans ces biens c'est la loi des (ennemis non-musulmans) qui s'impose.Donc on ne modifiera pas leurs décisions du passé. Ne vois-tu pas ceci? S'ils distribuent leurs héritage de façon autre que la façon islamique, puis qu'ils embrassent ensuite l'Islam, on ne modifera pas cette distribution passée. Il en sera donc de même ici. Et tout pouvoir provient de Dieu.

1975

* Chapitre (192)

DE CE EN QUOI ON AJOUTERA FOI A L'AFFIRMATION D'UN PRISONNIER DE GUERRE DISANT QU'IL EST UN DHIMMI, ET DE CE EN QUOI ON NE LE FERA PAS

comm. Ce chapitre, avec cette même présentation, a déjà passé dans (notre commentaire du) **Ziyâdât**[1], et les questions qui y sont traitées ont aussi déjà passé dans ce qui a précédé du présent ouvrage (dans le chapitre 51 entre autres).

(1) Hélas on n'en a aucune trace maintenant, à notre connaissance.

TABLE DE MATIÈRES

Chapitre

Chapitre

Chapitre

Chapitre